كشف اللثام

عن قواعد الأحكام

تأليف

الشيخ بهاء الدين محمد بن الحسن الأصفهاني

المعروف بـ «الفاضل الهندي»

١٠٦٢ ـ ١١٣٧هـ

الجزء الثامن

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

٨٦١

كشف اللثام

بسم الله الرحمن الرحیم

كشف لثام الابهام فى شرح قواعد احكام

كاتب:

محمدبن حسن فاضل هندى

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بى جا ، بى نا)

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام المجلد ۸

اشارة

شماره بازیابی : ۶-۱۱۰۶
شماره کتابشناسی ملی : ۱۱۰۶/۱/۱/۱/۱
سرشناسه : فاضل هندی، محمدبن حسن، ۱۰۶۲ - ق۱۱۳۷، شارح
عنوان و نام پدیدآور : کشف لثام الابهام فی شرح قواعد احکام [چاپ سنگی]شارح بهاآالدین محمدبن الحسن الاصبهانی الشهیر به فاضل الهندیمصحح حسن الموسوی الخوانساریکاتب علیرضا ابن عباسعلی خوانساری
وضعیت نشر : [بی‌جابی‌نا]ق۱۲۷۱
مشخصات ظاهری : ۱ ج. (بدون شماره گذاری)۲۳X۳۶/۵س‌م
یادداشت استنساخ : کتاب فوق شرحی است برکتاب قواعد الاحکام علامه حلی
مشخصات ظاهری اثر : نسخ
مقوایی، روکش تیماج قهوه‌ای روشن
یادداشت عنوانهای مرتبط : کشف الثام و الابهام عن کتاب قواعد الاحکام، کشف اللثام عن قواعد الاحکام
قواعد الاحکام
توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.
عنوانهای گونه گون دیگر : کشف الثام و الابهام عن کتاب قواعد الاحکام، کشف اللثام عن قواعد الاحکام
شماره بازیابی : ۱۱۰۶ ث.۸۷۳۸

[كتاب الفراق]

اشارة

(كتاب الفَراق) و فيه أبواب خمسة:

[الباب الأوّل فى الطلاق]

اشارة

الباب (الأوّل فى الطلاق) و هو فى الشرع أو عرف أهله اسم لزوال قيد الزوجيّة بألفاظٍ مخصوصة.

و فيه مقاصد أربعة:

[المقصد الأوّل فى أركانه]

اشارة

المقصد الأوّل فی أرکانه و فیه فصول أربعة بعدد الأرکان:

[الفصل الأول المطلق]

اشارة

الأوّل: المُطلِّق و یشترط فیه أُمور أربعة:

[الشرط الأول البلوغ]

الأوّل: البلوغ وفاقاً للأکثر فلا یصحّ طلاق الصبیّ و إن کان ممیِّزاً و لو بلغ عشراً لاستصحاب النکاح و الحجر علیه. و قول الصادق (علیه السّلام) فی خبر أبی الصباح الکِنانیّ: لیس طلاق الصبیّ بشیء «۱» و فی خبر أبی بصیر:

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۲۴ ب ۳۲ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۱.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۶

لا یجوز طلاق الصبیّ و لا السکران «۱» إلّا علی قول الشیخ فی النهایة «۲» و ابنی حمزة «۳» و البرّاج «۴» اعتماداً علی روایة ابن أبی عمیر عن بعض رجاله عن الصادق (علیه السّلام)، قال: یجوز طلاق الصبیّ إذا بلغ عشر سنین «۵» و قول علیّ بن بابویه بجواز طلاق الغلام للسنّة «۶». و أطلق اعتماداً علی روایة ابن بکیر عنه (علیه السّلام) قال: یجوز طلاق الغلام إذا کان قد عقل و إن لم یحتلم «۷». و مضمرة زرعة عن سماعة سأله عن طلاق الغلام و لم یحتلم، و صدقته، فقال: إذا طلّق للسنّة و وضع الصدقة فی موضعها و حقّها فلا بأس «۸» و هی کلّها ضعیفة سنداً و دلالة، لجواز إرادة طلاقه وکالة عن غیره و إن لم تصحّ الوکالة أیضاً. مع أنّ الأخیرین إنّما تضمّنا عدم الاحتلام و هو لا یستلزم عدم البلوغ.

و لو طلّق عنه ولیّه لم یصحّ للإجماع. و النصوص «۹» نعم، لو بلغ فاسد العقل صحّ طلاق ولیّه عنه إن کانت فیه المصلحة؛ وفاقاً للأکثر. و الأخبار «۱۰». و احترازاً عن الضرار. و خلافاً لابن إدریس «۱۱» و الشیخ فی الخلاف «۱۲» للأصل. و کون الطلاق بید من أخذ بالساق. و أطلق الشیخ فی الخلاف

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۲۴ ب ۳۲ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۴.

(۲) النهایة: ج ۲ ص ۴۴۷ ۴۴۸.

(۳) الوسیلة: ص ۳۲۳.

(۴) المهذّب: ج ۲ ص ۲۸۸.

(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۲۴ ب ۳۲ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۲.

(۶) حکاه عنه فی مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۳۶۶.

(۷) تهذیب الأحکام: ج ۸ ص ۷۶ باب ۳ أحکام الطلاق ح ۱۷۶.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٥ ب ٣٢ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٧.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٦ ب ٣٣ من أبواب الطلاق و مقدّماته.

(١٠) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٠٢، باب طلاق المعتوه ح ٢.

(١١) السرائر: ج ٢ ص ٦٧٣.

(١٢) الخلاف: ج ۴ ص ۴۴٢ مسألة ٢٩.

نفى طلاق الولىّ عن المولّى عليه، و حكى عليه الإجماع.

و لو سبق الطلاق عنه على بلوغه لم يعتدّ به و لم يكن البلوغ فاسد العقل كاشفاً عن صحّته.

[الشرط الثانى العقل]

الثانى: العقل اتّفاقاً، إذ لا عبرة بعبارة غيره، و لا قصد له فلا يصحّ طلاق المجنون المطبق و لا غيره حال الجنون.

و خبر أبى بصير عن الصادق (عليه السّلام) أنّه سئل عن المعتوه أ يجوز طلاقه؟ فقال: ما هو؟ قلت: الأحمق الذاهب العقل فقال: نعم «١» محمول على من يبقى له القصد، و هو الموافق للّغة. و حمله الشيخ على طلاق وليّه عنه «٢» و لا السكران سكراً رافعاً للقصد و لا المغمى عليه بمرض أو شرب مُرقد.

و لو كان المجنون يُفيق فى وقت فطلّق فيه صحّ لزوال المانع.

و يطلّق عنه أى المجنون الولىّ إذا كان مُطبقاً و راعى المصلحة فإن لم يكن له ولىّ طلّق عنه السلطان للضرورة و تشبيه الولىّ فى أخبار طلاقه عنه بالإمام «٣» فيفيد الأولويّة.

و لا يطلّق الولىّ و لا السلطان عن السكران و لا النائم و إن طال نومه، و لا المغمى عليه، و لا من يعتوِره الجنون أدواراً للأصل. و رجاء زوال العذر.

نعم، لو امتنع من الطلاق وقت إفاقته مع مصلحة الطلاق، ففى الطلاق عنه حال الجنون إشكال من خبر أبى خالد القمّاط قال للصادق (عليه السّلام): الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليّه عليه؟ قال: و لِمَ لا يطلّق هو؟ قال: لا يؤمن إن هو طلّق أن يقول غداً: لم أُطلّق، أو لا يحسن

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٨ ب ٣۴ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٨.

(٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٠٢، باب طلاق المعتوه ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣۵ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٣.

أن يطلّق، قال: ما أرى وليّه إلّا بمنزلة السلطان «١» و خبرين آخرين له مثل ذلك «٢» فإنّ الظاهر من سؤاله (عليه السّلام) و الجواب أن تعتوِره الإفاقة. و لأنّ الامتناع فى الإفاقة ينزّل الجنون منزلة العذر الّذى لا يزول، فإنّ المجنون المطبق إنّما يطلّق عنه الولىّ لعدم علمه بما فيه المصلحة، و هو يشاركه فيه.

و من الأصل و اعتراض العذر للزوال. و لأنّ الولىّ إنّما يتولّى الطلاق عمّن لا قصد له، لأنّه لا يعلم أنّه يقصد الطلاق أو عدمه و

هنا قصد العدم معلوم.

[الشرط الثالث الاختيار]

الثالث: الاختيار، فلا يصحّ طلاق المُكرَه بالنصّ «٣». و الإجماع كما يظهر. و لانتفاء القصد حينئذٍ.

و هو من يصدق عليه المُكرَه عرفاً، و هو من توعّده القادر على ما توعّد به المظنون فعل ما توعّده به لو لم يفعل مطلوبه بما يتضرّر به فى نفسه أو من يجرى مجرى نفسه فى التضرّر بضرره كالأب و الولد و شبههما من قتل أو جرح، أو شتم، أو ضرب، أو أخذ مال يضرّ أخذه و إن قلّ، أو غير ذلك من أنواع الضرر، أو فعل به أو بمن يجرى مجراه ما يتضرّر به حتّى لَفِظ بالطلاق.

و يختلف الإكراه بحسب اختلاف المكرهين فى احتمال الإهانة و عدمها لقضاء العرف به، فشتم الوجيه إكراه دون غيره، و عليه القياس. و لا يختلفون فى القتل و القطع، فهما إكراه بالنسبة إلى الكلّ.

و لا إكراه مع الضرر اليسير عرفاً، قال فى التحرير و لو اكره على الطلاق، أو دفع مال غير مستحقّ يتمكّن من دفعه، فالأقرب أنّه إكراه «٤». و لعلّ المراد ما يتضرّر بدفعه و لو بكونه جزيلًا عرفاً. قال: أمّا لو اكره على الطلاق أو فعل

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣٥ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣٥ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٣، و ب ٣٤ ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣١ ب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(۴) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥١ س ٢٢.

ما تستحقّ المرأة فعله فليس بإكراه، سواء كان بذلَ مالٍ أو غيره «١» يعنى ليس من الإكراه المسقط لاعتبار الطلاق إذا تمكّن من أداء حقّها. و كذا فى كلّ ما يقال: إنّ للحاكم الإجبار على الطلاق قال: و لو اكره على الطلاق فطلّق ناوياً له فالأقرب أنّه غير مكره، إذ لا إكراه على القصد «٢» يعنى و إن ظنّ أنّه يلزمه الطلاق لا مجرّد لفظه بالإجبار و إن كان لا يريده، أمّا لو علم أنّه لا يلزمه إلّا اللفظ و له تجريده عن القصد، فلا شبهة فى عدم الإكراه.

و الإكراه يمنع من صحّة سائر التصرّفات من عقد أو إيقاع أو غيرهما إلّا إسلام الحربىّ فيعتبر فى ظاهر الشرع مع الإكراه و إلّا لم يقاتلوا عليه.

و السرّ فيه: أنّ كثيراً من المكرهين عليه يتدرّج إلى الإيمان بالقلب إذا أقرّ عليه، و يتسبّبون لرغبة غيرهم فى الإسلام، و يتقوّى بهم المؤمنون، و تعظم شوكتهم، و يخاف أعداؤهم.

و لو اكره لكن ظهر ما له دلالة على اختياره الطلاق صحّ طلاقه لأنّه صدر من صحيح اللفظ بغير إكراه، و ذلك بأن يخالف المكرِه مثل: أن يأمره بطلقةٍ فيطلّق اثنتين أو تطليق زوجة فيطلّق غيرها أو هىَ أى أباها مع غيرها بلفظ واحد فيقع طلاقهما. و إن طلّقهما بلفظين لم يقع على المكره على طلاقها و وقع على الأُخرى. و ربّما قيل بمثله فى الأوّل أو تطليق إحدى زوجتين «٣» له بصفة الإبهام فيطلّق معيّنة.

و استشكل فيه فى التحرير «۴» من المخالفة. و من اتّحاد المؤدّى، إذ لا بدّ للمطلّق لإحدى الزوجتين أن يعيّنها، أو لأنّه بعض ممّا اكره عليه، لأنّه إن طلّق إحداهما مبهمة حرمتا عليه إلى أن يعيّن.

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥١ س ٢۴.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥١ س ٢۵.

(٣) فى قواعد الأحكام زيادة: لا بعينها.

(۴) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥١ س ٢٧.

أو يأمره بالكناية فيأتى بالصريح أو بخصوص لفظ فيأتى بآخر.

و لو ترك التورية بأن يقصد بقوله: «أنت طالق» أى: من وثاقى يعلّقه بشرط فى نيّته أو بالمشيئة أو يقصد به الإخبار مع علمه بالتورية و اعترافه بأنّه لم يدهش بالإكراه ليترك له التورية لم يقع أيضاً؛ لتحقّق الإكراه و انتفاء القصد إلى الطلاق.

[الشرط الرابع القصد]

الرابع: القصد إلى إيقاع الطلاق فلا يقع طلاق الساهى، و الغافل، و الغالط، و تارك النيّة و غيرهم كالهازل بالنصّ «١». و الإجماع و إن نطق بالصريح خلافاً لبعض العامّة فلم يعتبر فيه القصد «٢» و من سبق لسانه إلى أحد ألفاظه الصريحة أو غيرها من غير قصد و يشمله كلّ من الساهى و الغافل و الغالط و تارك النيّة، إلّا أنّه أراد بالساهى من نطق بالطلاق قصداً و هو ساهٍ عن معناه [و بالغافل من لَفِظ بالطلاق بلا قصد و يحتمل العكس] «٣» و بالغالط مَن نطق و أراد به غير معناه غلطاً، كأن أراد به النكاح مثلًا. و بتارك النيّة من هزل به. و بمن سبق لسانه من أراد النطق بغيره فنطق به.

و لو كان اسمها طالقاً فقال: «يا طالق» إن اكتفينا بالنداء أو «أنتِ طالق» و قصد الإنشاء وقع الطلاق و إلّا فلا و هو ظاهر.

و لو كان اسمها طارقاً مثلًا فقال: «يا طالق» أو «أنتِ طالق» ثم ادّعى أنّه التفت «۴» لسانه من الراء إلى اللام قُبل إن بادر بالدعوى، لا- إن أمهلها حتّى فعلت فعل المطلّقات، و هو عالم ساكت، فإنّه قرينة ظاهرة على كذبه، و لم يذكره تعويلًا على الظهور، فإنّ دعوى التفاف اللسان و نحوه تبادر بها غالباً.

و وجه القبول هو الأصل. و أنّ النيّة من أركان الطلاق، و لا يعرف إلّا من جهته.

و لو نسى أنّ له زوجةً فقال: «زوجتى طالق» لم يقع لانتفاء

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٨۵ ب ١١ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(٢) نيل الأوطار: ج ٧ ص ٢١.

(٣) ما بين المعقوفتين لم يرد فى ق، ن.

(۴) فى ط و قواعد الأحكام: التفّ.

القصد إلّا مع قيام القرينة المكذّبة له.

و يُصدَّق ظاهراً فى دعوى عدم القصد لو ادّعاه و إن تأخّر ما لم تخرج العدّة كذا ذكره الشيخ «١» و غيره؛ للأصل، و كونه خبراً عن نيّته التى لا تعلم إلّا من جهته.

و الفرق بين ما بعد العدّة و ما قبلها: أنّها فی العدّة فی علقة الزوجيّة، و بعدها قد بانت، و ربما تزوّجت بغيره فلا يسمع قوله فی حقّه و إن صدّقته. و لأنّ الإمهال إلى انقضاء العدّة و تعريضها للأزواج قرينة ظاهرة على كذبه، فهذا فرق ما بينه و بين البيع و سائر العقود، حيث لا يقبل قول العاقد فيها، لأنّها بمجرّدها ناقلة.

و قد يقال: إنّ الظاهر يعارض الأصل مطلقاً. لأنّ القصد هو الظاهر إلّا أن تصدّقه المرأة فيقبل لعدم المعارض. و أمّا مع إنكارها فهی كالمشتری فی البيع، و لا يتفاوت الحال بانقضاء العدّة و عدمه، و إن كانت قرينة الكذب مع الانقضاء أوضح.

و إن خصّت العدّة بالرجعيّة كما قيل لم يكن فی الحقيقة قبولًا لقوله لموافقته الأصل، و إنّما يكون إنكاره القصد رجعةً. و خبر منصور بن يونس عن الكاظم (عليه السّلام) يؤيّد العدم، لقوله (عليه السّلام) فيمن طلّق بلا نيّة و إنّما حمله عليه بعض أقاربه: أمّا بينك و بين اللّه فليس بشیء، و لكن إن قدّموك إلى السلطان أبانها منك «٢» إلّا أن يراد السلطان الجائر.

و ديّن بنيّته باطناً على كلّ حال، فإن كذب لم يقربها، و لم يرثها إن ماتت، و إن صدق أنفق عليها، و جدّد لها الطلاق إن أرادت التزوّج بالغير إلى غير ذلك.

و لو قال لزوجته: أنت طالق لظنّه أنّها زوجة الغير هازلًا أو وكالة عنه لم يقع لانتفاء القصد إلى فكّ النكاح بينه و بينها و يصدّق فی ظنّه ذلك إذا ادّعاه ما لم تخرج العدّة أو تشهد القرينة بكذبه.

و لو قال: «زوجتی طالق» بظنّ خلوّه عن الزوجة و ظهر أنّ وكيله

---

(١) الخلاف: ج ٤ ص ٤٥٨ مسألة ١٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٣٢ ب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

زوّجه لم يقع لعدم النيّة.

و لو لُقّن الأعجمیّ الصيغة و هو لا يفهمها فنطق بها لم يقع لانتفاء القصد.

و كما يصحّ إيقاعه مباشرة، يصحّ التوكيل فيه للغائب إجماعاً، و للحاضر على رأی وفاقاً لابن إدريس «١» و المحقّق «٢» و إطلاق أبی علی «٣» لعموم الأدلّة. و خلافاً للشيخ «٤» و جماعة؛ جمعاً بين الأخبار العامّة فی التوكيل «٥» و خبر زرارة عن الصادق (عليه السّلام) قال: لا تجوز الوكالة فی الطلاق «٦». و هو لضعفه لا يصلح للتخصيص.

ثمّ إنّه يكفی فی الجمع اعتبار الغيبة عن مجلس الطلاق، و لكن الشيخ نصّ على اعتباره عن البلد «٧» و لا نعرف وجهه.

و لو وكّلها فی طلاق نفسها صحّ على رأی [وفاقاً للمحقّق] «٨» لعموم ما دلّ على جواز التوكيل «٩». و خلافاً للشيخ «١٠» بناءً على اشتراط المغايرة بين الفاعل و القابل. و ظاهر قوله (عليه السّلام): الطلاق بيد من أخذ بالساق «١١». و ضعفهما ظاهر.

و على المختار فلو قال: طلّقی نفسكِ ثلاثاً فطلّقت واحدة أو بالعكس صحّت واحدة على رأی لاتّحاد المؤدّی، فالتوكيل فی الثلاث فی الحقيقة توكيل فی الواحدة، و التطليق ثلاثاً فی الحقيقة فعل للواحدة. و لأنّ التوكيل فی

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٦٧٧.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٣.

(٣) حكاه عنه فی مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٥١.

(٤) النهاية: ج ٢ ص ٤٣١.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۳۳ ب ۳۹ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۳۴ ب ۳۹ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۵.

(۷) النهاية: ج ۲ ص ۴۳۱.

(۸) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۱۳، ما بين المعقوفتين ليس في ن، ق.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۳۳ ب ۳۹ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(۱۰) المبسوط: ج ۵ ص ۲۹.

(۱۱) الجامع الصغير: ج ۲ ص ۵۷.

الثلاث توكيل في الواحدة و ما زادت عليها، فإذا فعلت الواحدة فقد أتت بما وكّلت فيه، و إن لم تأت بغيره ممّا وكّلت فيه أيضاً، و هو لا- يقتضي فساد الأوّل. و كذا إذا طلّقت ثلاثاً و قد وكّلها في الواحدة فقد أتت بما وكّلت فيه و زيادة، و الزيادة لا تبطل الموكّل فيه.

نعم إن قلنا بفساد التطليق ثلاثاً مطلقاً اتّجه الفساد في الصورتين، ففي الأُولى؛ لأنّه وكّلها في طلاق فاسد و ما أتت به طلاق صحيح، فلا يكون من الموكّل فيه في شي‌ء. و في الثانية ظاهر.

و يمكن القول بالفساد مطلقاً كما في الخلاف «۱» و يظهر منه الإجماع عليه؛ لجواز تعلّق غرض الموكّل بما اختلف في صحّته، أو ما اتّفق فيه، أو ما دلّ على الواحدة بالتضمّن أو المطابقة، فما فعلته خلاف ما وكّلت فيه فلا يصحّ.

و أمّا إن وكّلها في التطليق ثلاثاً منفصلة على وجه يصحّ، فلا شبهة في صحّة الواحدة و إن لم تأت بالباقيتين.

و ما يتوهّم من كون الوكالة في الصورة الاولى في المجموع و لم يحصل، و الغرض من الثلاث البينونة و لم يحصل ظاهر الفساد، عَزَمت حين طلّقت الاولى على تعقيبها الباقيتين أو لا.

[الفصل الثاني: في المحلّ و هي الزوجة المطلقة]

اشارة

الفصل الثاني: المحلّ و هي الزوجة و لها شروط ينظّمها قسمان:

[القسم الأول في الشروط العامة للمطلقة و هي أربعة]

اشارة

الأوّل: الشروط العامّة للمطلَّقات و هي أربعة «۲»

[الشرط الأول أن تكون زوجة]

الأوّل: أن تكون زوجة، و اكتفى عنه بأوّل ما ذكره و آخره.

[الشرط الثانی کون العقد دائما]

الثانی أن یکون العقد دائماً بالنصّ «۳» و الإجماع علیهما.

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۴۷۲ مسألة ۳۳ و ۳۴.

(۲) العبارة فی ط ون هکذا:

و هی ثلاثة: الشرط الأول کون العقد دائما الأوّل أن یکون العقد دائماً بالنصّ و الإجماع و الثانی: التعیین علی رأی .. و الثالث: البقاء علی الزوجیّة حقیقة ..

(۳) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۶۸ ب ۹ من أبواب أقسام الطلاق و أحکامه.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۱۴

[الشرط الثالث التعیین علی رأی]

و الثالث التعیین علی رأی السیّد «۱» و الشیخین «۲» و جماعة منهم: المصنّف فی المختلف «۳» و التحریر «۴» و التلخیص «۵» لاستصحاب النکاح إلی أن یعلم المزیل. و لاستحالة حلول المعیّن فی المبهم مع أنّ الطلاق معیّن. و لأنّ العدّة و نحوها من توابع الطلاق لا بدّ لها من محلّ معیّن. و فیهما منع.

و لنحو قول الصادق (علیه السّلام): الطلاق: أن یقول لها: اعتدّی. أو یقول لها: أنت طالق «۶». و ادّعی السیّد الإجماع علیه فی الانتصار «۷» و الطبریّات «۸».

[الشرط الرابع البقاء علی الزوجیة]

و الرابع البقاء علی الزوجیّة حقیقة، و هو داخل فی اشتراط الزوجیّة إلّا أنّ الجمع بینهما لئلّا یتوهّم وقوع طلقتین فصاعداً بالزوجة إذا تعاقبتا من غیر رجوع و لا تجدید عقد، خصوصاً و المطلّقة الرجعیّة زوجة حکماً.

فلا یقع الطلاق بالمستمتع بها «۹» و لا الموطوءة بالشبهة و لا الموطوءة بملک الیمین و لا الموطوءة بالتحلیل و إن جعلناه عقداً، فضلًا عن سائر الأجنبیّات.

و لو طلّق الأجنبیّة لم یصحّ و إن علّقه بالتزویج، سواء عیّنها مثل: إن تزوّجت فلانة فهی طالق أو أطلق مثل: کلّ من أتزوّجها فهی طالق بالاتّفاق، و للأصل، و لنحو ما روی أنّ عبد الرحمن بن عوف دُعی إلی امرأة فقال: إن نکحتها فهی طالق، ثمّ سأل النبی (صلّی اللّه علیه و آله) فقال: انکحها فإنّه لا طلاق قبل النکاح «۱۰».

---

(۱) الانتصار: ص ۱۳۹.

(۲) المقنعة: ص ۵۲۵، النهایة: ج ۲ ص ۴۲۷.

(۳) مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۳۸۹.

(۴) تحریر الأحکام: ج ۲ ص ۵۲ س ۲۱.

(۵) التلخیص (سلسلة الینابیع الفقهیّة): ج ۳۹ ص ۴۹۹.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۵ ۲۹۶ ب ۱۶ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۴.

(۷) الانتصار: ص ۱۳۹.

(۸) المسائل الناصريّات: ص ۳۴۹.

(۹) فى بعض النسخ زيادة: و لما علمت أنّ المحلّ هى الزوجة علمت أنّه لا يطلّق.

(۱۰) انظر سنن البيهقى: ج ۷ ص ۳۱۸ ۳۲۱.

و أمّا التعيين فإمّا باللفظ و النيّة جميعاً، أو بالنيّة خاصّة.

أمّا الأوّل بأنّ يقول: فلانة طالق، أو هذه طالق و يشير إلى حاضرة أو زوجتى طالق و ليس له سواها.

و أمّا الثانى: ففيما لو تعدّدت الزوجة، فإذا قال: زوجتى طالق و نوى واحدة منهنّ بعينها وقع إجماعاً كما فى التحرير «۱» و إلّا فلا على رأى من عرفتهم.

و يُقبل تفسيره لأنّه لا يعرف إلّا منه، و عليه المبادرة بالتفسير لحقّ الاعتداد و غيره.

و لو طلّق واحدة غير معيّنة لا نيّةً و لا لفظاً، قيل فى المقنعة «۲» و الانتصار «۳» و الناصريّات «۴» و السرائر «۵» و غيرها بطل لما عرفت.

و قيل فى المبسوط «۶» و الشرائع «۷» يصحّ و يعيّن للطلاق من شاء و هو أقوى لأصالة عدم الاشتراط، و عموم نصوص الطلاق.

و الأوّل: معارض بأصل بقاء النكاح، و أنّ المعهود فى كلّ عقد أو إيقاع إيقاعه على المعيّن. و الثانى: ممنوع. و ربّما منع إطلاق الطلاق على ما وقع على غير المعيّنة.

و أمّا الرجوع فى التعيين إليه فهو مختار المبسوط «۸». و دليله أنّ بيده التعيين ابتداءً، فكذا استدامة.

و اعتبر المحقّق القرعة «۹» لكون المطلّقة مبهمةً فى نظره، فلا يرجع إليه فى التعيين. و فيه: أنّ القرعة لما هو متعيّن فى الواقع مشكل فى الظاهر، و المطلّقة هنا مبهمة فى نفس الأمر.

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۲ س ۲۳.

(۲) المقنعة: ص ۵۲۵.

(۳) الانتصار: ص ۱۳۹.

(۴) المسائل الناصريّات: ص ۳۴۹.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۶۶۵.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۷۸.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۱۵.

(۸) المبسوط: ج ۵ ص ۷۸.

(۹) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۱۵.

و على الأوّل فإن مات قبله أى التعيين أُقرع فى وجه، لانتفاء الطريق إليه غيرها، و ربّما قيل بقيام الوارث مقامه فى التعيين «۱» كما يقوم مقامه فى استلحاق النسب و حقّ الشفعة و نحوهما، و سيقوّى نفى القولين، و يجوز إدخال هذا الكلام فى حيّز القيل.

و لو قال: هـذه طالق، أو هـذه و هذه قيل فى المبسوط «٢» طلّقت الثالثـة يقينـاً و يعيّن من شاء من الأولى أو الثانيـة، و هو حقّ إن قصـد العطف على إحـداهما و لو قصـده على الثانيـة خاصّـةً عيّن الأُولى أو الثانيـة و الثالثـة جميعاً، فإنّ الترديد يكون بين الاولى وحـدها و الثانيتين جميعاً، فلا تتعيّن الثالثة، و لا يجوز تعيين الثانية فقط، و هو مختار ابن إدريس «٣» لقرب الثانية الموجب لظهور العطف عليها.

و الحقّ احتمال الكلام للمعنيين كما ذكره المصنّف، و أيّهما قصده المتكلّم صحّ.

و لو مـات قبـل التعيين أُقرع، و تكفى رقعتـان مع الرقعـة المبهمـة بكسـر الهاء أو فتحها بمعنى المبهم فيها. أو مع الزوجـة المبهمة بالفتح و هى الثالثة؛ لكونها مبهمة عند المصنّف على القولين أمّا على قول الشيخ فالثالثة لا تحتاج إلى رقعة، و إنّما تكتب رقعتان للأُوليين. و على قـول ابن إدريس «۴» تكتب رقعتـان إحـداهما للأُولى و الأُخرى للأُخريين، أو للثانيـة أو الثالثـة خاصّـةً، فإنّ أيّة منهما طلّقت طلّقت الأُخرى، و أمّا الرقعة المبهمة فهى رقعة خالية استحبّوها لزيادة الإبهام فى الرقاع.

و على ما اخترناه من احتمال الأمرين لا بـدّ من رقعـة ثالثـة ففى إحـداهما اسم الاولى و فى اخرى اسم الباقيتين و فى اخرى اسم الثالثة [خاصّة] «۵»

---

(۱) ن، ق: التعيّن.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۸۵.

(۳) لم نعثر عليهما فى السرائر، و حكاهما عن ابن إدريس فى إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۲۹۵ ۲۹۶.

(۴) لم نعثر عليهما فى السرائر، و حكاهما عن ابن إدريس فى إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۲۹۵ ۲۹۶.

(۵) لم ترد فى نسخة ن، ق.

فـان خرجت أوّلًا رقعـة الاـولى حكم بطلاقهـا، ثمّ إن خرجت رقعـة الثالثـة حكم بالاحتمـال الأوّل و طلّقت، و إن خرجت الرقعة الجامعـة حكم بالاحتمـال الثـانى و لـم تطلّق هى و لاـ الثانيـة. و إن خرجت أوّلًا الرقعـة الجامعـة حكم بطلاقهما و لم يخرج رقعة أُخرى. و إن خرجت أوّلًا رقعـة الثالثـة طلّقت، ثمّ إن خرجت رقعـة الأُولى حكم بالاحتمـال الأـوّل و طلّقت أيضاً، و إن خرجت الجامعة حكم بالثانى.

و لو قال للزوجـة و الأجنبيّـة: إحداكما طالق، و قال: أردت الأجنبيّة، قُبل بلا خلاف كما فى المبسوط «۱» للأصل. و الرجوع إليه فى نيّته من غير معارض ظاهر و ديّن بنيّته.

و لو قال: سُعدى طالق و اشتركتا أى زوجته و الأجنبيّـة فيه أى الاسم قيل: لا يُقبل قوله لو ادّعى قصد الأجنبيّة لمعارضـته الظاهر؛ فإنّهما لم يتشاركا فى الاسم إلّا اشتراكاً لفظيّاً، و إطلاق المشترك على معنييه إن صحّ فهو خلاف الظاهر، فلم يرد إلّا إحداهما، و ظـاهر صـيغة الطلاـق إيقاعهـا على الزوجـة، بخلاـف إحـداكما، لاـشتراكه معنًى، و ظـاهر النطق به الإبهـام، و لم أظفر بقـائله من الأصحاب.

و ربّما يظهر من المبسوط الإجماع على القبول «۲» و به قطع فى التحرير «۳» و هو الوجه لضعف الفرق، للاشتراك فى أنّه لم يرد إلّا إحداهما و إن افترقا فى كون الاشتراك لفظيّاً و معنويّاً. و مع ظهور إيقاع الصيغة على الزوجة، و إنّما هو إذا ظهر الإنشاء. و هو ممنوع، فإنّ التركيب حقيقة فى الخبر.

و لو قال لأجنبيّـة: «أنت طالق» لظنّه أنّها زوجته لم تطلّق زوجته؛ لأنّه قصـد إيقاع الطلاق على عين المخاطبـة و هى غير الزوجة، و

الظنّ لا يُقَلِّب «۴» العين، و النيّة وحدها لا تكفى فيما يعتبر فيه اللفظ. و يجوز كون

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۹۰.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۹۱.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۲ س ۲۶.

(۴) فى ق، ط: لا يغلب.

«المخاطبة» مصدراً، أى: قصد الخطاب باللفظ، و هو ينافى وقوع الطلاق بعين «۱» المخاطبة و إن ظنّها إيّاها، ففيه إشارة إلى أنّه إن لم يقصد الخطاب باللفظ بل عيّن التى أراد طلاقها كما فى المسألة الآتية طلّقت.

و لو كانت له زوجتان زينب و سُعدى و قال: يا زينب، فقالت: سُعدى: لبّيك فقال: أنت طالق، فإن عرف أنّها سعدى و نواها بالخطاب طُلّقت و هو ظاهر و إن نوى طلاق زينب مع العلم بأنّها سعدى طلّقت زينب فإنّ النداء مع نيّة المناداة بالخطاب يكفى لتعيينها للطلاق. و لا يقدح فيه توجيه الخطاب ظاهراً إلى المجيبة. و لا تطلّق سعدى، لانتفاء القصد إليها، خلافاً للعامّة «۲».

و لو ظنّها زينب و قصد المجيبة فالأقرب بطلانه لأنّه نظير ما تقدّم لأنّ قصد المجيبة لظنّها زينب فلم تطلّق لأنّه لم يقصد تطليق سعدى و هى المجيبة و لا زينب لعدم توجّه الخطاب إليها و لا قصد عينها بالخطاب و إنّما قصد به عين سعدى و إن ظنّها زينب خلافاً للشيخ فأوقع الطلاق بزينب قال: لأنّ المراعى قصده و نيّته بالتعيين «۳». و يدفعه: أنّ القصد إنّما يعتبر إذا وافقه اللفظ و ما أراده به.

و أمّا البقاء على الزوجيّة فأن لا تكون مطلّقة لأنّ الطلاق فى الشرع إزالة قيد النكاح و قد حصل الزوال [بالأوّل] «۴» فيمتنع حصوله بالثانى سواء كان الطلاق رجعيّاً أو بائناً فلا يفيد طلاق الرجعيّة بينونتها و امتناع الرجوع إليها و إن كان ثالثاً و لا مفسوخة النكاح بردّةٍ أو عيب أو لعان أو رضاع أو خلع، و يقع مع الظهار و الإيلاء؛ لأنّهما يوجبان تحريماً لا فسخاً.

[فروع على القول بالصحّة مع عدم التعيين]

اشارة

فروع على القول بالصحّة مع عدم التعيين

---

(۱) فى ط، ق بدل «بعين»: بغير.

(۲) المجموع: ج ۱۷ ص ۲۳۶.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۹۰.

(۴) لم يرد فى ن، ق.

[الفرع الأول]

الأوّل: إذا طلّق غير معيّنة حرمتا عليه جميعاً حتّى يعيّن أى كلّ منهما.

أمّا على القول بكون التعيين كاشفاً فلاشتباه المحلّلة بالمحرّمة، فيجب الاجتناب عنهما. و أمّا على ما اختاره المصنّف كما سينصّ عليه من كونه مطلّقاً فلتشبّث كلّ منهما بحرمة الطلاق، لوجوب تعيين إحداهما من غير حاجة إلى تجديد صيغة، مع الاحتياط فى الفروج، و كون الاجتناب عنهما من التقوى المأمور بها عقلًا و شرعاً.

و يحتمل أن يكون المراد حرمة الجمع بينهما فى الوطء كما سيصرّح به، و دليلها إمّا بينونة إحداهما بالطلاق، أو تشبّثها بحرمة الطلاق. و دليل جواز وطء إحداهما أنّ المطلّقة أو المتشبّثة بحرمتها ليست إلّا إحداهما، و التعيين مفوّض إلى اختياره، و إذا جاز له إبقاء من شاء منهما على الزوجيّة، جاز وطء من شاء منهما. و يبعّده قوله: «حتّى يُعين» فإنّ حرمة الجمع غير مغيّا بالتعيين، و لذا استظهرنا حرمة كلّ منهما، و عليه يكون حكاية، و ما سيأتى اختياراً.

و يطالب الزوج كلّ منهما به أى بالتعيين؛ لأنّ لهما فى ذلك حقّ الاعتداد و القَسم و نحو ذلك و عليه أن ينفق عليهما حتّى يعيّن لاحتباسهما عليه، و استصحاب الموجب لها بالنسبة إلى كلّ منهما.

و لا فرق فى جميع ذلك بين الطلاق البائن و الرجعىّ و إن جاز وطؤهما بنيّة الرجوع إن كانتا رجعيّتين، و قد ينفى عن الرجعيّة حقّ المطالبة، لكونها فى حكم الزوجة، و له الرجوع متى شاء و المطالبة فى حقّ متعيّن.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو قال: هذه التى طلّقتها، تعيّنت للطلاق إلّا أن يعلم أنّه لم يرد بيان من أُوقع عليها الطلاق، كأن أراد إنشاء الطلاق عليها الآن بهذا اللفظ. و لو قال: هذه التى لم أُطلّقها، تعيّنت الأُخرى للطلاق بالشرط المذكور إن كانت الأُخرى واحدة، و إلّا بقى الإبهام بعد، و عيّن فى البواقى.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو قال للتعيين طلّقت هذه بل هذه، طُلّقت الاولى

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٢٠

ظاهراً و باطناً إن لم يكن عن سهو، و إلّا فظاهراً دون الثانية، لأنّ الطلاق إنّما وقع على إحداهما و الأُولى إذا تعيّن الطلاق فيها لم يبق منه ما يقع على الثانية و لا يتعيّن الثانية، لأنّه إذا أنشأ التعيّن للأُولى تعيّنت، و لا وجه للرجوع عن تعيين، إلّا أن يدّعى السهو فيقبل قوله، كما يقبل فى أصل صيغة الطلاق، فإنّه لا يعرف إلّا منه، و إذا قُبل تعيّنت الثانية.

[الفرع الرابع]

الرابع: هذا التعيين تعيين شهوة و اختيار لا تعيين إخبار عن معيّن فى نفس الأمر لا يجوز تعدّيه فلا يفتقر إلى القرعة كما فى الشرائع «١» استناداً إلى الإشكال عنده كما عند غيره بل له أن يعيّن من شاء فإنّ الغرض إيقاع الطلاق على إحداهما من غير تعيين لفظاً و لا نيّةً، و القرعة لما تعيّن فى نفسه، فاشتبه علينا، لكن لو أقرع فاختار من خرجت باسمها لم يكن به بأس.

[الفرع الخامس]

الخامس: هل يقع الطلاق بالمعيّنة من حين الإيقاع للطلاق أو من حين التعيين؟ الأقرب الثانى استصحاباً للنكاح و احتياطاً للعدّة،

و لأنّها لو طلّقت بالإيقاع، فإمّا أن يقع الطلاق حينئذٍ على الكلّ أو على واحدة معيّنة، و فسادهما ظاهر؛ لكونهما خلاف مقتضى اللفظ و النيّة، أو على واحدة مبهمة، و هو أيضاً باطل؛ لأنّ الطلاق معيّن لا يحلّ إلّا في معيّن. و لأنّ المطلّقة موجودة في الخارج، و لا وجود للمبهم. و يرد النقض بكلّ واجب مخيّر، و منع تعيّن الطلاق إذا لم يتعيّن المحلّ، و أنّ المطلّقة ذاتها موجودة مع تعلّق الطلاق المبهم بها.

و خيرة المبسوط الوقوع من حين الإيقاع «٢» لأنّه أوقع «٣» صيغة منجّزة مجزوماً بها فيقع بها الطلاق و إن كان مبهماً، و التعيين ليس من صيغة الطلاق في شيء، كما أنّ من أسلم على أكثر من أربع يزول بالإسلام نكاحه عن الزائدة المبهمة، و لا يتعيّن إلّا بالتعيين، و التعيين كاشف عمّن زال نكاحها لا مزيل، و هو عندي أقرب.

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٦.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٧٨.

(٣) في ن بدل «أوقع»: إذا وقع.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٢١

و على الأوّل فتجب عليها العدّة من حين التعيين و على الثاني من الإيقاع، و هو ظاهر.

[الفرع السادس]

السادس: لو طلّقها بائناً ثمّ وطئ إحداهما و قلنا: يقع الطلاق باللفظ كان تعييناً للأُخرى للطلاق؛ لأنّ الظاهر أنّه إنّما يطأ من يحلّ له، فهو كوطء الجارية المبيعة في زمن الخيار، فإنّه يكون فسخاً من البائع أو إجازة من المشتري.

و قيل: لا يكون تعييناً؛ لأنّه أعمّ، و كما أنّ الطلاق إنّما يقع بالقول فكذا تعيينه «١». و لأنّه لو كان تعييناً لكان إذا وطئهما طلّقتا. و كما أنّ النكاح لا يملك بالفعل لا يتدارك به، و أمّا ملك اليمين فيحصل بالفعل فيتدارك به، فلذا كان وطء المبيعة فسخاً أو إجازة.

و إن قلنا: إنّ الطلاق إنّما يقع بالتعيين لم يؤثّر الوطء شيئاً؛ لأنّ الفعل لا يوقع الطلاق قطعاً.

ثمّ في المبسوط: أنّ من جعل الوطء تعييناً أباح وطء من شاء منهما، و إنّما حرم الجمع بينهما في الوطء، و من لم يجعله تعييناً حرّمهما، لأنّهما قبل التعيين متشبّثتان بحرمة الطلاق «٢».

و الأقرب عند المصنّف مع أنّه يجعله «٣» تعييناً- تحريم وطئهما معاً و إباحة من شاء منهما لما عرفت من أنّ المتشبّثة بحرمة الطلاق إنّما هي إحداهما مبهمة، فكماله إبقاء من شاء منهما على الزوجيّة، له وطء من شاء منهما.

[الفرع السابع]

السابع: يجب عليه التعيين على الفور و يعصي بالتأخير سواء كان التعيين كاشفاً أو مطلّقاً، بائناً كان الطلاق أو رجعيّاً.

و لو ماتت إحداهما قبل التعيين لم تتعيّن الأُخرى للطلاق، و له تعيين من شاء منهما و إن قلنا بأنّ الطلاق من التعيين، فإنّ الميّتة و إن لم تقبل

---

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٧٧.

(٢) انظر المبسوط: ج ٥ ص ٧٧ و ٧٨.

(٣) فى ط: لم يجعله.

الطلاق ابتداءً، لكنّها تقبل التعيين المسبوق بإيقاع الطلاق للاستصحاب فإن عيّن الميّتة فلا ميراث له منها إن قلنا: إنّ الطلاق يقع من وقت وقوعه و كان الطلاق بائناً أو انقضت العدّة.

و لو ماتتا معاً اقترن الموتان أم لا كان له أيضاً تعيين من شاء منهما و ليس لورثة الأُخرى منازعته و لا تكذيبه لأنّه مفوّض إلى اختياره، و ليس من الأخبار المحتملة للتكذيب.

و يرثهما معاً إن قلنا بوقوع الطلاق بالتعيين و إلّا فلا يرث إلّا غير المعيّنة إلّا إذا كان رجعيّاً و لم تنقض العدّة.

و لو مات قبلهما و لم يعيّن فالأقوى ما فى المبسوط: من أنّه لا تعيين للوارث «١» لأنّ الطلاق بيد من أخذ بالساق، و التعيين إمّا طلاق، أو كاشف عنه و مبيّن لمحلّه و لا قرعة لإبهامها فى نفس الأمر كما عندنا بل تُوقف من تركته الحصّة حتّى يصطلحن إن طلّقت بالإيقاع و بانت، و إلّا فلا إيقاف بل يرثن جمع، و قد سمعت وجهين آخرين: هما القرعة. و تعيين الوارث.

و لو ماتت واحدة قبله و واحدة بعده و لم يعيّن فإن قال الوارث: الأُولى هى المطلّقة و الثانية زوجة ورثت الثانية من الزوج و لم يرث الزوج من الاولى إن كانت بانت حين ماتت لأنّه إذا قال ذلك، فإمّا أن يُخبر بأنّ الزوج عيّن الاولى للطلاق، أو يُنشئ التعيين من نفسه، فإن كان الأوّل فقد أقرّ على نفسه بما يضرّه فيؤاخذ به، و إن كان الثانى كان بمنزلة المقرّ، فإنّه رضى بأن لا يرث من الاولى و يرث الثانية، فقد اصطلح مع ورثتهما بذلك.

و لو عكس وقف ميراثه من الاولى و ميراث الثانية منه حتّى يصطلح الورثة أى ورثة الزوجتين و الزوج جميعهم لما عرفت من أنّه لا تعيين للوارث و لا قرعة، فلا مخلص إلّا الاصطلاح.

---

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٨٠.

نعم، إن قال ذلك مدّعياً على الزوج التعيين كان عليه الإثبات و له التحليف على نفى العلم. و فى التحرير احتمل حينئذٍ قبول قوله فيحلف على نفى علم طلاق الاولى و القطع على طلاق الثانية، و عدم القبول للتهمة، فيوقف الميراثان حتّى تقوم بيّنة أو تصطلح الورثة «١».

و لو كان له أربع زوجات فقال: زوجتى طالق لم يطلّق الجميع بل إنّما يطلّق واحدة مبهمة للأصل. و تبادر الوحدة فهو كما لو قال: إحداكنّ طالق، أو واحدة منكنّ طالق و فى التحرير: أنّه لو أراد الجنس احتمل طلاقهنّ «٢»

[الفرع الثامن]

الثامن: و ليس من فروع القول بالصحّة مع عدم التعيين، ففيه مسامحة و تغليب لو طلّق واحدة معيّنة ثمّ أشكلت عليه مُنع منهما لاشتباه الحلال بالحرام و طولب بالبيان إن رجى زوال الإشكال، أو بالقرعة و ينفق عليهما إلى أن يبيّن لاحتباسهما عليه.

فإن عيّن واحدة للطلاق أو للنكاح لزمه إقراره و لهما إحلافه لو كذّبتاه أو إحداهما، لأنّ القول قوله، لأنّه لا يعرف إلّا منه.

و لو قال: هذه التى طلّقتها بل هذه، طلّقتا معاً أى أُخذ بما يلزمه من أحكام الطلاق لأنّه أقرّ بطلاق الاولى و رجع عنه فلم يقبل رجوعه و قُبل إقراره فى الثانية أيضاً، فالزم أحكام الطلاق فيهما إلّا أن تصدّقاه أو يحلف.

و لو قال: هـذه بل هـذه أو هـذه طلّقت الاولى و إحـدى الأخريين لـذلك و طولب ببيانها. و لو قال: هذه أو هذه بل هذه، طلّقت الأـخيرة و إحـدى الأـُولـيين، و لو قال: هـذه أو هـذه بل هـذه أو هـذه طلّقت واحـدة من الأُوليين و واحـدة من الأُخريين و طولب بالبيان فيهما و الكلّ ظاهر ممّا عرفته.
و هل يكون الوطء بياناً؟ إشكال و إن بانت المطلّقة أقربه ذلك

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٣ س ١٢.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٣ س ١۴.

إن بـانت، لظهور صـحّة الوطء. و يحتمل القرب و إن لـم تبن، لأنّ الأصل عـدم الرجوع فى الطلاق، و وجه الآخر الّـذى هو خيرة المبسوط «١»: العموم إلى آخر ما عرفته فى طلاق المبهمة.
و على العدم طولب بالبيان القولى، و لو عيّنه قولًا فى الموطوءة فقد وطئها حراماً و عليه التعزير دون الحدّ للشبهة إن لم تكن ذات عـدّة رجعيّـة أو قـد خرجت من العـدّة و إلّـا كـان رجوعـاً و عليه المهر مهر المثـل؛ لأـنّه عوض البضع الموطوء شـبهة. و نفـاه فى المبسوط لعدم الدليل عليه، و نسبه إلى العامّة «٢». و تعتدّ من حين الوطء لأنّه وطء شبهة.
و لو ماتتا قبله وقف نصـيبه من تركة كلّ منهما ثمّ يطالب بالبيان فإن عيّن المطلّقة و صدّقه ورثة الأُخرى ورّثوا الموقف إيّاه و إن كذّبوه قدّم قوله مع اليمين، لأصالة بقاء النكاح و لأنّه فعله فإن نكل حلفوا على البتّ؛ لإمكان اطّلاعهم عليه و سـقط ميراثه عنهما معاً فعن «٣» الأُولى لإقراره بطلاقها، و عن الثانية لنكوله مع حلف ورثتها.
و لو مـات الزوج خاصّـة ففى الرجوع إلى بيان الوارث إشـكال ممّا عرفته من قيامه مقام المورّث فى نحو حقّ الشـفعة و اسـتلحاق النسب. و من أنّه غير من أخـذ بالساق و أوقع الطلاق. و الأوّل «۴» عندى فى غاية الضعف؛ للفرق الظاهر بين هذا التعيين و تعيين من أبهم طلاقها، فإنّه إخبار عمّا فعله، و ذاك إنشاء، و لا معنى لإنشاء الوارث طلاق زوجة مورّثه «۵» [و لا بأس بالأخبار من فعله لكنّه يؤول إلى إنكار إرث من يعيّنها، فلها مطالبته بالبيّنة، فإن لم يثبت فلها تحليفه] «۶».
و الأقرب: القرعة لتعيين الأمر فى نفسه و اشتباهه علينا، و هى لكلّ

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٧٨.
(٢) المبسوط: ج ۵ ص ٧٧.
(٣) فى ن بدل «فعن»: أمّا عن.
(۴) فى ط بدل «الأوّل»: هو.
(۵) فى ق، ن و س: و لا معنى لإخبار الوارث عمّا لا يعلمه من فعل مورّثه.
(۶) ما بين المعقوفتين ليس فى ن، ق.

ما كان كذلك و يحتمل الإيقاف حتّى يصطلحا أخذاً باليقين، فإنّ القرعة إنّما تفيد الظنّ.
[و الحقّ أنّه لاـ مجـال للاستشـكال، فـإنّ الوارث إن لم يـدّع العلم لم يكن لبيانه معنىً، فلا إشـكال فى القرعـة أو الإيقاف، و إن ادّعـاه فلا إشـكال فى الرجوع إلى بيانه، لكن الزوجتين إن اعترفتا بالجهل كان لمن يعيّنها مطالبته بالبيّنـة أو الحلف، و إن كـذّبته

من يعيّنها أقام البيّنة و إلّا حلفت أو أقامت البيّنة على كون الأخرى المطلّقة بهذا الطلاق] «۱»

[القسم الثانى فى الشروط الخاصة للمطلقة و هى ثلاثة]

اشارة

القسم الثاني: الشرائط الخاصّة ببعض المطلّقات.

و هي ثلاثة: و إنّما قال أمران لاتّحاد الحيض و النفاس حقيقة؛ لكون النفاس دم الحيض حقيقة.

[الشرط الأول الطهر من الحيض و النفاس]

الأوّل: الطهر من الحيض و النفاس، و هو شرط بالإجماع و النصوص «۲» في المدخول بها الحائل الحاضر زوجها، أو من هو بحكمه، و هو الغائب أقلّ من مدّة يعلم أو يظنّ فيها انتقالها من القرء الّذي وطئها فيه إلى قرء آخر وفاقاً للإستبصار «۳» و التهذيب «۴» و السرائر «۵» و الشرائع «۶» جمعاً بين الأخبار، و تنزيلًا لما فيها من اختلاف مدّة «۷» الغيبة على اختلاف عادات النساء. و لأنّه ثبت أنّ الطلاق مع الحيض و في طهر جامعها فيه غير صحيح، و إنّما يستثني الغائب إذا لم يعلم حيضها أو بقاؤها على الطهر الّذي جامعها فيه.

فلو طلّق الحائض، أو النفساء قبل الدخول، أو مع الحمل إن قلنا بمجامعته الحيض أو مع الغيبة مدّة يعلم أي يعتقد انتقالها فيها من

---

(۱) ما بين المعقوفتين ليس في «ق، ن، ی».

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۷۶ ب ۸ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(۳) الإستبصار: ج ۳ ص ۲۹۵ باب ۱۷۱ طلاق الغائب ح ۴ و ۶.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۶۲ باب أحكام الطلاق ح ۱۲۱ و ۱۲۲.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۶۸۶.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۱۵.

(۷) في ن، ق بدل «مدّة»: هذه.

القرء الّذي وطئها فيه إلى قرء آخر صحّ اتّفاقاً، إلّا ما في مدّة الغيبة من الخلاف و الأخبار بها كثيرة، كحسن الحلبيّ عن الصادق (عليه السّلام) قال: لا بأس بطلاق خمس على كلّ حال: الغائب عنها زوجها، و الّتي لم تحض، و الّتي لم يدخل بها، و الحبلى، و الّتي قد يئست من المحيض «۱».

و قدّر قوم منهم: الصدوق «۲» و الشيخ في النهاية «۳» و بنو حمزة «۴» و البرّاج «۵» و سعيد «۶» مدّة الغيبة بشهرٍ لأنّ الغالب الانتقال فيه من طهر إلى آخر. و لخبر إسحاق بن عمّار عن الصادق (عليه السّلام) قال: الغائب إذا أراد أن يطلّقها تركها شهراً «۷» و لما سيأتي من صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج في الحاضر الّذي بحكم الغائب «۸». و يجوز أن يراد بالشهر شهر الحيض، و هو زمان طهر و حيض، و أيّا كان فيرجع إلى القول الأوّل.

و آخرون منهم: أبو على «۹» بثلاثة أشهر، و اختاره فى المختلف «۱۰» لصحيح جميل بن درّاج عن الصادق (عليه السّلام) قال: الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلّق حتّى تمضى ثلاثة أشهر «۱۱». و خبر إسحاق بن عمّار سأل الكاظم (عليه السّلام) الغائب الّذى يطلّق أهله كم غيبته؟ قال: خمسة أشهر أو ستّة أشهر. قال: قلت: حدّ دون ذلك قال: ثلاثة أشهر «۱۲».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۶ ب ۲۵ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۳.

(۲) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۵۰۳ ذيل حديث ۴۷۶۶.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۴۳۴.

(۴) الوسيلة: ص ۳۲۰.

(۵) المهذّب: ج ۲ ص ۲۸۷.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۶۵.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۷ ب ۲۶ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۳.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱۰ ب ۲۸ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۱.

(۹) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۵۷.

(۱۰) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۵۸.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۷.

(۱۲) المصدر السابق ح ۸.

و ظاهر الحسن «۱» و علىّ بن بابويه «۲» أنّ له الطلاق أىّ وقت شاء، و هو ظاهر كثير من الأخبار، كما تقدّم من حسن الحلبى، و صحيح محمّد بن مسلم سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن الرجل يطلّق امرأته و هو غائب، قال: يجوز طلاقه على كلّ حال «۳».

و لو طلّق إحداهما أى الحائض أو النفساء بعد الدخول و عدم الحبل و الحضور أو حكمه فَعَل حراماً بلا خلاف و كان باطلًا عندنا، خلافاً للعامّة «۴» سواء علم بذلك أى بكونها كذلك و بالحكم أو لم يعلم إذ لا مدخل للعلم فى خطاب الوضع.

و لو خرج مسافراً فى طهرٍ لم يقربها فيه صحّ طلاقها إن لم يعلم بانتقالها إلى الحيض. و إن صادف الحيض بلا خلاف؛ لخبر أبى بصير قال للصادق (عليه السّلام): الرجل يطلّق امرأته و هو غائب فيعلم أنّه يوم طلّقها كانت طامثاً. قال: يجوز «۵». و كذا إن خرج فى طهر قاربها فيه.

و لكن لا يشترط الانتقال حينئذٍ خرج فى طهر لم يقربها إلى قرء آخر لعدم اشتراطه مع الحضور، فمع الغيبة أولى.

و ظاهر بعض العبارات كالتهذيب «۶» و الاستبصار «۷» اعتبار التربّص شهراً؛ لإطلاق خبر إسحاق.

و لو كان حاضراً و هو لا يصل إليها بحيث يعلم حيضها و طهرها كالغائب وفاقاً للمشهور، لصحيح عبد الرحمن بن الحجّاج سأل الكاظم (عليه السّلام)

---

(۱) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۵۶.

(۲) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۵۷.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۷ ب ۲۶ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۱.

(۴) المجموع: ج ۱۷ ص ۷۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۸ ب ۲۶ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۶.

(۶) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۶۲ باب أحكام الطلاق ح ۱۲۱.

(۷) الاستبصار: ج ۳ ص ۲۹۵ باب طلاق الغائب ح ۴.

عن رجل تزوّج امرأة سِرّاً من أهلها و هي في منزل أهلها، و قد أراد أن يطلّقها و ليس يصل إليها فيعلم طمثها إذا طمثت و لا يعلم بطهرها إذا طهرت، فقال: هذا مثل الغائب عن أهله يطلّقها بالأهلّة و الشهور، قلت: أ رأيت إن كان يصل إليها الأحيان، و الأحيان لا يصل إليها فيعلم حالها، كيف يطلّقها؟ فقال: إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه يطلّقها إذا نظر إلى غرّة الشهر الآخر «۱».

و خالف ابن إدريس تمسّكاً بأصل بقاء النكاح، و عموم اشتراط الخلوّ من الحيض، و كون الحمل على الغائب قياساً مع كون الخبر خبراً واحداً «۲». و دفع في المختلف بأنّ الخبر نصّ في الباب، و إذا وافق المعنى المعقول الحديث الصحيح و اشتهر بين الجماعة العمل به كان متعيّناً «۳».

[الشرط الثاني الاستبراء من الحيض و النفاس]

الثاني: الاستبراء و هو شرط بالإجماع و النصوص الكثيرة «۴».

فإن طلّق في طهر واقعها فيه لم يصحّ، إلّا أن تكون يائسةً، أو لم تبلغ المحيض أي تسع سنين كما في النهاية «۵» و السرائر «۶» و غيرهما أو حاملًا، أو مسترابةً أي مَن لا تحيض و هي في سنّ من تحيض بالاتّفاق و النصوص، و هي كثيرة.

و لكن يشترط في المسترابة أن يكون قد مضى لها ثلاثة أشهر لم تَرَ دماً معتزلًا لها كما قطع به الأصحاب.

فإن طلّق المسترابة قبل مضيّ ثلاثة أشهرٍ من حين الوطء لم يقع لصحيح إسماعيل بن سعد الأشعري: سأل الرضا (عليه السّلام) عن المسترابة من المحيض كيف تطلّق؟ قال: تطلّق بالشهور «۷». و لمرسل داود بن أبي يزيد العطّار عن

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱۰ ب ۲۸ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۱.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۶۸۶.

(۳) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۶۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۷۹ ب ۹ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(۵) النهاية: ج ۲ ص ۴۴۱.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۶۸۷.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۱۴ ب ۴ من أبواب العدد ح ۱۷.

الصادق (عليه السّلام) سأل عن المرأة يستراب بها و مثلها تحمل و مثلها لا تحمل و لا تحيض و قد واقعها زوجها كيف يطلّقها إذا أراد طلاقها؟ قال: ليمسك عنها ثلاثة أشهر ثمّ يطلّقها «۱». و خبر الحسن بن علي بن كيسان قال: كتبت إلى الرجل (عليه السّلام) أسأله عن رجل له امرأة من نساء هؤلاء العامّة و أراد أن يطلّقها و قد كتمت حيضها و طهرها مخافة الطلاق، فكتب (عليه

السّلام): يعتزلها ثلاثة أشهر و يطلّقها «٢».
و ليس من المسترابة مَن لا تحيض إلّا فى أربعة أشهر مثلًا فصاعداً، بل يجب استبراؤها بحيضة.
فإذا حاضت بعد الوطء و لو بلحظة صحّ طلاقها إذا طهرت فإنّ الحيض دلّ على براءة الرحم، و هو شامل لما إذا وطئها فى الحيض، إذ لا يتعيّن «حاضت» لحدوث الحيض، و الأمر كذلك، لصدق الطهر الّذى لم يجامعها فيه، و يمكن أن يعود ضمير «حاضت» على المسترابة، أى من كانت مسترابة فاتّفق أن حاضت بعد الوطء زال عنها الاسترابة و حكمها.

[الفصل الثالث: البحث فى صيغة الطلاق]

اشارة

الفصل الثالث: الصيغة

[الشروط التى ينبغى توفرها فى صيغة الطلاق و هى خمسة]

اشارة

و يشترط فيها أُمور خمسة:

[الشرط الأول التصريح]

الأوّل: التصريح و هو قوله: أنتِ أو هذه أو فلانة أو زوجتى معيّنة أو غيرها على القولين طالق و لا خلاف فى وقوعه بذلك.
و لو قال: أنتِ طلاق أو الطلاق أو من المطلّقات أو مطلّقة على رأى وفاقاً للشرائع «٣» و خلافاً للمبسوط «۴» أو طلّقت فلانة على رأى وفاقاً للشيخ كما نسب إليه، و هو ظاهر التبيان «۵». و خلافاً للمبسوط «۶» لم يقع لعدم التصريح.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٣۵ ب ۴٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣١١ ب ٢٨ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٢.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٧.
(۴) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵.
(۵) التبيان: ج ١٠ ص ٢٩.
(۶) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵.

أمّا «طلاق» و «الطلاق» فلأنّه مصدر، و هى لا توصف بالمصدر إلّا إذا تجوّز به عن الصفة. و أمّا البواقى فلظهورها فى الخبر، و إنّما يطلّق فى إنشاء الطلاق مجازاً، و لعلّ الفرق بينها «١» و بين «طالق» بالنصّ و الإجماع و استصحاب قيد النكاح و الاحتياط، و الحصر فى النصوص فى «طالق» «٢» و إلّا فالكلّ مشتركة فى الكون حقيقةً فى الإخبار، مجازاً فى الإنشاء.

و يمكن أن يكون السرّ فى ذلك أنّ «المطلّقة» بمعنى الموقع عليها الطلاق، و ظاهره تقدّم الطلاق على اللفظ «٣» بخلاف «طالق» فإنّه لازم «و طلّقتك» ظاهره إيقاع الطلاق عليها فى الزمان الماضى، لا الحال المناسب لإنشاء الطلاق.

و حكى فى المبسوط عن العامّة: أنّ من الصريح سرّحتك و أنتِ مسرّحة، و فارقتك و أنتِ مفارقة، و طلّقتكِ و أنت طالقة أو مطلّقة. و قال: و عندنا أنّ قوله: «أنت مطلّقة» إخبار عمّا مضى فقط، فإن نوى به الإيقاع فى الحال فالأقوى أن نقول: إنّه يقع به. ثمّ قال: إذا قال: طلّقتكِ نظرت فإن قال: «نويت بها الطلاق» وقع عندنا به الطلاق، و عندهم يكون ذكر النيّة تأكيداً، فإن قال: «نويت بها الطلاق» كان صريحاً «۴» انتهى.

و يعضده ما يدلّ على وقوع الطلاق بقوله: «نعم» فى جواب «طلّقتها» كما تعرفه الآن، فإنّه أولى بالصحّة، و «مطلّقةٌ» أولى بها من «طلّقت» لكونها حقيقة فى الحال دون الماضى، و لعلّه الوجه فى تخصيصهما بإيقاع الطلاق بهما.

و لو قيل له طلّقت فلانة سؤالًا أو خبراً فقال: نعم قيل فى ظاهر النهاية «۵» و الوسيلة «۶» و غيرهما يقع لخبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن علىّ (عليهم السّلام): فى الرجل يقال له: طلّقت امرأتك، فيقول: نعم، قال: قد طلّقها

---

(١) فى ط بدل «بينها»: بينهما.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٩۴ ب ١۶ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(٣) فى ط زيادة: أو تأخّره.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵.

(۵) النهاية: ج ٢ ص ۴٢٧ ۴٢٨.

(۶) الوسيلة: ص ٣٢۴.

حينئذٍ «١». و خبر حفص بن البُختريّ عن الصادق (عليه السّلام) فى رجل طلّق امرأته ثلاثاً فأراد رجل أن يتزوّجها كيف يصنع؟ قال: يأتيه فيقول: طلّقت فلانة؟ فإذا قال: نعم تركها ثلاثة أشهر ثمّ خطبها إلى نفسها «٢». و لأنّ «نعم» صريح فى «طلّقت» و هو صريح فى إيقاع الطلاق، و الصريح فى الصريح صريح.

و الخبران مع الضعف ليسا بنصّين فى الباب، لجواز أن يكون المعنى أنّه إقرار بالطلاق كما فى المبسوط «٣» و السرائر «۴». و يؤيّده ما فى الثانى من أنّه كان طلّقها ثلاثاً، و لا ينافيه التربّص ثلاثة أشهر، و لا لفظ «حينئذٍ» فى الأوّل، و أمّا الدليل الثالث فممنوع المقدّمات. و الأقوى عدم الوقوع به للأصل، و الاحتياط، و الحصر فى الأخبار «۵» فى «أنتِ طالق».

و لو قال: كلّ امرأة لى طالق وقع بالجميع، و إن لم يكن له إلّا واحدة وقع بها و فى النداء بقوله: يا طالق إشكال من الأصل، و الاحتياط، و الخروج عن المنصوص و ما أجمع عليه، و عدم الصراحة، بل ظهور الخلاف؛ لأنّه لإنشاء نداء من اتّصفت بالطلاق، و ظاهره تقدّمه على النداء، و هو خيرة موضع من المبسوط «۶».

و من التلفّظ ب «طالق» مع التعيين بالنداء، و هو خيرة موضع آخر من المبسوط «٧». و ضعفه ظاهر.

و لا يقع عندنا بالكنايات جمع و إن نوى بها الطلاق ظاهرة أو باطنة كقوله: أنت خليّة أو بريّة و هما من الكنايات الظاهرة أو حبلكِ على غاربكِ، أو الحقى بأهلكِ أو اذهبى، أو أغربى، أو تقنّعى، أو استبرئى رحمكِ، و هى من الخفيّة.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٩۶ ب ١۶ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۶.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٢٣ ب ٣١ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ۵٢.

(۴) السرائر: ج ٢ ص ۶٧۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٩۴ ب ١۶ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ٨٩.

(٧) المبسوط: ج ۶ ص ٢۵٢.

أو بائن أو حرام أو بتّة أو بتلة و هى من الكنايات الظاهرة، خلافاً للعامّة «١».

و يدلّ على ما نقوله مع الأصل و الإجماع الأخبار، كخبر محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السّلام) فى رجل قال لامرأته: أنتِ حرام أو بائنة أو بتّة أو خليّة أو بريّة، فقال: هذا ليس بشىء إنّما الطلاق أن يقول لها فى قبل عدّتها قبل أن يجامعها: أنت طالق، و يُشهد على ذلك رجلين عدلين «٢».

أو اعتدّى و هو أيضاً من الكنايات الخفيّة و إن نوى به إنشاء الطلاق على رأى وفاقاً للمشهور، بل المجمع عليه كما فى الانتصار «٣» و الخلاف «۴». و يؤيّده الأصل، و الاحتياط، و خبر محمّد بن مسلم الّذى سمعته الآن.

و أوقعه به أبو علىّ «۵» لقول الباقر (عليه السّلام) فى الحسن لمحمّد بن مسلم: إنّما الطلاق أن يقول لها فى قبل العدّة بعد ما تطهر من حيضها قبل أن يجامعها: «أنتِ طالق، أو اعتدّى» يريد بذلك الطلاق، و يُشهد على ذلك رجلين عدلين «۶». و قول الصادق (عليه السّلام) فى «٧» حسن الحلبى: الطلاق أن يقول لها: اعتدّى، أو يقول لها: أنتِ طالق «٨».

و الجواب: ما أشار إليه الشيخ «٩» من أنّ المراد منهما أنّ الطلاق إمّا أن تكون حاضرة عند الشاهدين فيخاطبها بالطلاق و يقول لها: أنتِ طالق، أو بأن يقول عند الشاهدين و هى غائبة: فلانة طالق، ثمّ يأتيها فيقول لها: اعتدّى فقد طلّقتك.

---

(١) شرح فتح القدير: ج ٣ ص ٣٩٧ ۴٠٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٩۵ ب ١۶ من أبواب مقدّمات الطلاق ذيل الحديث ٣.

(٣) الانتصار: ١٢٩.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۴۶٢ و ۴۶۵ مسألة ٢٠.

(۵) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣۴۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٩۵ ب ١۶ من أبواب مقدّمات الطلاق، ح ٣.

(٧) فى ط زيادة: خبر.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٩۵ ٢٩۶ ب ١۶ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۴.

(٩) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٧ باب أحكام الطلاق ذيل حديث ٢٩.

و بالجملة ف «اعتدّى» ليس من صيغة الطلاق، و إنّما يقوله بعد إيقاعه بصيغته. و يؤيّده قول الباقر (عليه السّلام) فى خبر «١» محمّد بن قيس: الطلاق للعدّة أن يطلّق الرجل امرأته عند كلّ طهر يرسل إليها أن اعتدّى، فإنّ فلاناً قد طلّقك «٢».

و خبر سماعة، عن محمّد بن زياد، عن عبد اللّه بن سنان، عن الصادق (عليه السّلام) قال: يرسل إليها فيقول الرسول: اعتدّى، فإنّ

فلاناً فارقك. قال ابن سماعة: و إنّما معنى قول الرسول: اعتدّى، فإنّ فلاناً قد فارقك يعنى: الطلاق، أنّه لا تكون فرقة إلّا بطلاق «٣».

و خبر ابن سماعة أيضاً عن علىّ بن الحسن الطاطرىّ قال: الّذى أُجمع عليه فى الطلاق أن يقول: «أنت طالق» أو «اعتدّى» و ذكر أنّه قال لمحمّد بن أبى حمزة: كيف يشهد على قوله: اعتدّى؟ قال: يقول أشهدوا اعتدّى. قال ابن سماعة: غلط محمّد بن أبى حمزة أن يقول: أشهدوا اعتدّى. قال الحسن بن سماعة: ينبغى أن يجىء بالشهود إلى حجلتها، أو يذهب بها إلى الشهود إلى منازلهم، و هذا المحال الّذى لا يكون و لم يوجب اللّه عزّ و جلّ هذا على العباد. و قال الحسن: ليس الطلاق إلّا كما روى بكير بن أعين أن يقول لها و هى طاهر من غير جماع: أنتِ طالق، و يشهد شاهدين عدلين، و كلّ ما سوى ذلك فهو ملغى «۴».

أو خيّرها و قصد به الطلاق فاختارت نفسها فى الحال على رأى وفاقاً للمشهور للأصل، و الاحتياط، و الأخبار الحاصرة للصيغة فى غير ذلك «۵». و الأخبار الناطقة بأنّ التخيير كان من خواصّه (صلّى اللّه عليه و آله)، و أنّه فى غيره ليس بشىء و هى كثيرة «۶».

---

(۱) فى ن بدل «خبر»: حسن.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۶ ب ۱۶ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۵.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۵ ب ۱۶ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۲.

(۴) الكافى: ج ۶ ص ۷۰ باب ما يجب أن يقول من أراد أن يطلّق ذيل حديث ۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۴ ب ۱۶ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۳۵ ب ۴۱ من أبواب مقدّمات الطلاق.

و قال أبو على: إذا أراد الرجل أن يخيّر امرأته اعتزلها شهراً و كانت على طهر من غير جماع على مثل الحال التى لو أراد أن يطلّقها فيه طلّقها ثمّ خيّرها، فقال لها: خيّرتك أو قد جعلت أمركِ إليكِ، و يجب أن يكون ذلك بشهادة، فإن اختارت نفسها من غير أن تتشاغل بحديث من قول أو فعل كان يمكنها أن لا تفعله صحّ اختيارها، فإن اختارت بعد فعلها ذلك لم يكن اختيارها ماضياً، و إن اختارت فى جواب قوله لها ذلك و كانت مدخولًا بها و كان تخييره إيّاها من غير عوض أخذه منها كانت كالتطليقة الواحدة التى هو أحقّ برجعتها فى عدّتها، فإن كانت غير مدخول بها فهى تطليقة بائنة، و إن كان تخييره عن عوض أخذه فهو بائن و هى أملك بنفسها، و إن جعل الاختيار إلى وقت بعينه فاختارت قبله جاز اختيارها، و إن اختارت بعده لم يجز «۱».

و نحوه كلام الحسن، إلّا أنّه أطلق رجعيّة الطلاق، و ذكر أنّه إن أجّل الخيار إلى وقت معلوم ثمّ رجع عنه قبله كان له ذلك، و قال: و ليس يجوز للزوج أن يخيّرها أكثر من واحد بعد واحد و خيار بعد خيار بطهر و شاهدين، فإن خيّرها أكثر من واحدة أو خيّرها أن تختار نفسها فى غير عدّتها كان ذلك ساقطاً غير جائز. قال: و مستندهما أخبار، منها: حسن حمران سمع الباقر (عليه السّلام) يقول: المخيّرة تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما، لأنّ العصمة قد بانت منها ساعة كان ذلك منها و من الزوج «۲».

و خبر زرارة عن أحدهما (عليهما السّلام) قال: إذا اختارت نفسها فهى تطليقة بائنة و هو خاطب من الخطّاب، و إن اختارت زوجها فلا شىء «۳».

و خبره قال للباقر (عليه السّلام): رجل خيّر امرأته، فقال: إنّما الخيار لها ما داما في مجلسهما، فإذا تفرّقا فلا خيار لها، قال: فقلت: أصلحك اللّه فإن طلّقت نفسها ثلاثاً

---

(۱) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۳۹.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۳۸ ب ۴۱ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۱۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۳۷ ب ۴۱ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۹.

قبل أن يتفرّقا من مجلسهما، قال: لا يكون أكثر من واحدة و هو أحقّ برجعتها قبل أن تنقضي عدّتها «۱».

و خبر يزيد الكناسيّ عنه (عليه السّلام) قال: لا ترث المخيّرة من زوجها شيئاً في عدّتها، لأنّ العصمة قد انقطعت فيما بينها و بين زوجها من ساعتها، فلا رجعة له عليها، و لا ميراث بينهما «۲».

و لاختلافها في البينونة و عدمها اختلف كلامهما، و الأنسب بالجمع و بأحكام الطلاق ما اختاره أبو عليّ من التفصيل.

و الجواب: حملها على أنّ التخيير توكيل لها في الطلاق، كما هو ظاهر ثاني خبري زرارة، و معنى قوله في الخبر الأوّل: «من غير طلاق» من الزوج.

و يمكن أن يكون ما في بعضها من اشتراط الاتّحاد في المجلس، لاحتمال العزل عن الوكالة مع الافتراق. على أنّها موافقة لمذهب العامّة «۳» فيحتمل التقيّة.

و لا يقع إلّا بالعربيّة مع القدرة عليها وفاقاً لابني إدريس «۴» و سعيد «۵» للأصل، و الاحتياط، و الحصر في الأخبار في قوله: أنت طالق.

و خلافاً لظاهر النهاية «۶» و الوسيلة «۷» لخبر وهب عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السّلام) قال: كلّ طلاق بكلّ لسان فهو طلاق «۸». و هو مع الضعف محمول على صورة العجز.

و لا يقع بالإشارة إلّا مع العجز عن النطق كالأخرس بالاتّفاق، للأصل و الاحتياط، و الحصر في الأخبار في اللفظ، و لأنّه لمّا لم يقع بالكناية فبالإشارة أولى، و يقع من الأخرس بالإشارة المفهمة.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۳۸ ب ۴۱ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۳۷ ب ۴۱ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۱۰.

(۳) المجموع: ج ۱۷ ص ۸۸.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۷۶.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۶۶، شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۱۷.

(۶) النهاية: ج ۳ ص ۴۲۹.

(۷) الوسيلة: ۳۲۴.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۷ ب ۱۷ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۱.

و منها ما في رواية السكوني من أنّه يُلقي القناع عليها و يعتزلها «۱» و كذا في رواية أبي بصير «۲». و اقتصر عليه الصدوقان «۳» و

نسبه المحقّق إلى الشذوذ.

و يدلّ على الوقوع بالكتابة و بسائر الإشارات صحيح البزنطى قال: سألت الرضا (عليه السّلام) عن الرجل تكون عنده المرأة فَصِمتَ فلا يتكلّم، قال: أخرس؟ قلت: نعم، قال: فيعلم منه بغض لامرأته و كراهة لها؟ قلت: نعم، أ يجوز له أن يطلّق عنه وليّه؟ قال: لا و لكن يكتب و يشهد على ذلك، قلت: أصلحك اللّه لا يكتب و لا يسمع كيف يطلّقها؟ قال: بالذى يعرف به من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها أو بغضه لها «۴». و فيه تقديم الكتابة على الإشارة.

و خبر إسماعيل بن مرار عن يونس: فى رجل أخرس كتب فى الأرض بطلاق امرأته، قال: إذا فعل ذلك فى قبل الطهر بشهود و فهم منه كما يفهم عن مثله و يريد الطلاق جاز طلاقه على السنّة «۵».

و لا يقع بالكتابة و إن كان غائباً على رأى وفاقاً للأكثر، و منهم: الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و حكى فيه الإجماع عليه «۶» و هو ظاهر المبسوط «۷» و إن تعرّض فيه لرواية الخلاف.

و يدلّ عليه الأصل و الاحتياط، و أنّ الكتابة ليست من الإنشاء فى شيء و الأخبار الحاصرة فى قول: «أنت طالق». و حسن زرارة قال للباقر (عليه السّلام): رجل كتب بطلاق امرأته أو بعتق غلامه ثمّ بدا له فمحاه، قال: ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتّى يتكلّم به «۸».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۰ ب ۱۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۳.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۱ ب ۱۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۵.

(۳) المقنع: ص ۱۱۹، من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۵۱۵، ذيل الحديث ۴۸۰۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۹ ب ۱۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۰ ب ۱۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۴.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۴۶۹ مسألة ۲۹.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۲۸.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۱ ب ۱۴ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۲.

و خلافاً للنهاية «۱» و الوسيلة «۲» و الكامل «۳» فأوقعوه بها مع الغيبة، لصحيح الثمالى سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتى بطلاقها أو اكتب إلى عبدى بعتقه، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ فقال: لا يكون طلاقاً و لا عتقاً حتّى ينطق به، أو يخطّه بيده و هو يريد الطلاق أو العتق، و يكون ذلك بالأهلّة و الشهور، و يكون غائباً عن أهله «۴». و يبعد حمله على الضرورة إذ لا يشترط عندها الغيبة.

و لو عجز عن النطق لخرس و غيره فكتب و نوى صحّ لما عرفت.

[الشرط الثانى: التنجيز]

الشرط الثانى: التنجيز.

فلو علّقه على شرط و هو ما يحتمل الوقوع و عدمه أو صفة و هى ما يعلم وقوعه لم يقع عندنا، و فى الشرائع: لم أقف فيه على مخالف منّا «۵». و فى الانتصار: الإجماع فى الشرط «۶».

و يـدلّ عليه الأصل و الاحتياط، و أنّه ينافى الإيقاع و الإنشاء، و ذلك كقوله: أنت طالق إن دخلتِ الـدار و إن دخلتها أو إذا جاء رأس الشـهر، أو إن شـئتِ، و إن قـالت: شـئت. و لو فتـح «أن» فى الأخير أو الأوّل و عرف المعنى و أراد ما هو الظاهر من تقـدير «لأن» على أنّ اللام للتعليل دون التوقيت وقع الطلاق فى الحال و إن لم تكن شاءت و لا دخلت الدار؛ لحصول التنجيز.

و لو قال: «أنت طالق لرضا فلان» فإن قصد الغرض أى التعليل برضاه صحّ و إن لم يرض به للتنجيز و إن قصد الشـرط بكون اللام للتوقيت أو قصـده مع جعـل اللاـم للتعليل بطل و إن رضـى. و إن اشـتبه عليه الأمر بعـد ذلك تعارض أصل بقاء النكاح، و ظهور اللام فى التعليل.

---

(١) النهاية: ج ٢ ص ۴٢٩، ۴٣٠.

(٢) الوسيلة: ص ٣٢٣.

(٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣۴٨.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٩١ ب ١۴ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٣.

(۵) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٨.

(۶) الانتصار: ص ١٢٧.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣٨

و لو قـال: «أنت طـالق الآـن إن كـان الطلاـق يقع بـك» فـإن جهـل حالهـا أو الحكم لم يقع و إن كـانت طـاهراً طهراً يقع فيه بها الطلاق، للتعليق. و إن علم طهرها و أنّه يقع بها وقع وفاقاً للمحقّق «١» لانتفاء التعليق حينئذٍ، و أطلق الشيخ البطلان «٢» و يمكن أن يريد التفصيل.

و لو قال: «أنتِ طالق إلّا أن يشاء زيد» لم يصحّ للتعليق و كذا لو قال: إن شاء اللّه لذلك إلّا أن لا يريد به إلّا مجرد التبرّك.

[الشرط الثالث: عدم التعقيب بالمبطل]

الشـرط الثـالث: عـدم التعقيب بالمبطـل فلو قـال للطـاهر المـدخول بها و إن لم يقربها فى ذلك الطهر أنت طالق للبدعـة فالأقرب البطلان، لأنّ البدعىّ لا يقع و غيره ليس بمقصود و إذا كانت طاهراً لم يقربها فى طهرها كان مع ذلك تعليقاً للطلاق.

و للشـيخ فى الخلاـف قول بـالوقوع بمجرّد قوله: «أنت طالق» و يلغو قوله: «للبدعـة» «٣». و هو صـحيح إن أراد إيقـاعه أوّلًا بقوله: أنت طالق، ثمّ يجدّد له التقييد أو التعليق بالبدعة لفظاً فقط، أو و قصداً.

و لو قـال: أنتِ طـالق نصف طلقـةٍ أو ربع طلقـةٍ و وافق القصـد لفظه لم يقع لأنّه لم يوقع الطلاق، خلافاً للعامّـة «۴» و عن الشـيخ موافقتهم «۵».

و كذا لو قال: نصف طلقتين و أراد النصف من كلّ طلقة، نعم لو لم يرد إلّا طلقة صحّ، لعدم المانع بوجه.

أمّا لو قال: نصـفى طلقـة، أو ثلاثـة أثلاث طلقة، فالأقرب الوقوع وفاقاً للشـرائع «۶» لأنّه فى الحقيقـة قصـد إيقاع طلقة كاملة و لم يعقّب بما يبطله، و خلافاً للمبسوط «٧» بناءً على أنّ الطلاق لا يقبل التجزئة.

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٩.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ١٢.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۴۵۵ مسألة ۸.

(۴) شرح فتح القدير: ج ۳ ص ۳۶۱، المجموع: ج ۱۷ ص ۱۳۵.

(۵) لم نعثر عليه.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۲۰.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۵۷.

و لو قال: أنت طالق نصف و ثلث و سدس طلقةٍ وقعت طلقة فإنّه بمنزلة طلقة.

و لو قال: نصف طلقةٍ و ثلث طلقةٍ و سدس طلقةٍ لم يقع شي‌ء لتغاير الطلقات التى اعتبر أجزاؤها، فيكون كقوله: نصف طلقتين، و أولى بالبطلان.

و لو قال: «أنت طالق» ثمّ قال: «أردت أن أقول: طاهر» ممّا يقاربه فى الحروف أو فاصلة ممّا لا يقاربه قُبل منه ظاهراً بالإجماع منّا كما فى الخلاف «۱» و لأنّه لا يقع إلّا بالنيّة، و لا يعرف إلّا من قبله و الأصل معه إلّا أن يعارضه الظاهر، و لذا قال فى المبسوط: إنّما يقبل فى العدّة لا بعدها «۲» و دين فى الباطن بنيّته.

و لو قال: أنتِ طالق طلقة قبل طلقة أو بعدها أى بعد طلقة أو بعدها طلقة أو قبلها طلقة أو معها طلقة أو مع طلقة لم يقع لأنّه نوى طلاقاً فاسداً، و هو المتعدّد دفعة و إن كانت قابلة لأكثر من طلقة بأن كانت مدخولًا بها.

و يحتمل الوقوع لو قال: مع طلقة أو معها طلقة أو قبل طلقة أو بعدها طلقة أو عليها طلقة دون قبلها طلقة أو بعد طلقة لأنّه فى الأخيرين إنّما نوى إيقاع طلقة متأخّرة عن طلقة و هو ينافى التنجيز، إلّا أن يكون طلّقها سابقاً طلقة صحيحة و أراد تأخّر هذه الطلقة عنها فيقع، و أمّا فيما قبلهما «۳» فإنّه نوى إيقاع طلقة بها، و إن وصفها بعد ذلك بمقارنة طلقة أو بالتقدّم على طلقة فيكون لغواً، و أوقع بالجميع فى المبسوط «۴».

و لو قال: «أنت طالق ثلاثاً أو اثنتين» قيل فى الوسيلة «۵» و الجامع «۶»

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۴۵۸ مسألة ۱۴.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۲۵.

(۳) فى ن بدل «قبلهما»: قبلها.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۵۵.

(۵) الوسيلة: ص ۳۲۲.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۶۸، و فيه: وقع إن كان يراه، و إن كان لا يراه لم يقع.

و ظاهر المراسم «۱» بطل و هو قول الحسن «۲» لأنّ ما نواه غير مشروع، و ما شرع غير منوىّ، مع الأصل و الاحتياط و الأخبار: كخبر الحسن الصيقل عن الصادق (عليه السّلام) قال: لا تشهد أن يطلّق ثلاثاً فى مجلس «۳».

و صحيح أبى بصير عنه (عليه السّلام) قال: من طلّق ثلاثاً فى مجلس فليس بشي‌ء مَنْ خالف كتاب اللّه ردّ إلى كتاب اللّه «۴».

و خبر علىّ بن إسماعيل قال: كتب عبد اللّه بن محمّد إلى أبى الحسن (عليه السّلام): جعلت فداك روى أصحابنا عن أبى عبد اللّه (عليه السّلام) فى الرجل يطلّق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين أنّه يلزمه تطليقة واحدة، فوقّع (عليه

السّلام) بخطّه: أَخطئ على أبى عبد اللّه (عليه السّلام)، لا يلزمه الطلاق، و يردّ إلى الكتاب و السنّة إن شاء اللّه «۵».
و الأخبار الناهية عن المطلّقات ثلاثاً فى مجلس، كخبر عمر بن حنظلة عن الصادق (عليه السّلام): إيّاكم و المطلّقات ثلاثاً فى مجلس واحد، فإنّهنّ ذوات أزواج «۶». و يشترك الكلّ فى عدم النصوصيّة.
و قيل فى المشهور يقع طلقة واحدة لوجود المقتضى لها، و انتفاء المانع، فإنّ الزيادة عليها لا يمنع منها، بل غايته أن يكون لغواً. و قد يقال: المعتبر إنّما واحدة منفردة فإذا انضمّ إليها غيرها فسدت. و للأخبار كصحيح زرارة سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن رجل طلّق امرأته ثلاثاً فى مجلس و هى طاهر: قال هى واحدة «۷».

---

(۱) انظر المراسم: ص ۱۶۰.

(۲) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۵۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱۵ ب ۲۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۱۷ و فيه: لا تشهد لمن طلّق ثلاثاً فى مجلس واحد.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱۳ ب ۲۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۸.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱۶ ب ۲۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۱۹.

(۶) المصدر السابق ح ۲۰.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱۱ ب ۲۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۲.

و صحيح أبى بصير الأسدىّ، و محمّد بن علىّ الحلبىّ، و عمر بن حنظلة عن الصادق (عليه السّلام) قال: الطلاق ثلاثاً فى غير عدّة إن كانت على طهر فواحدة، و إن لم تكن على طهر فليس بشىء «۱».
و حسن جميل سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن الّذى يطلّق فى حال طهر فى مجلس ثلاثاً، قال: هى واحدة «۲».
و ظاهر الجميع التطليق ثلاث مرّات، لا بلفظ واحد مقيّد بالثلاث.
و المخالف يلزمه ما يعتقده من وقوع الثلاث أو الاثنتين، فزوجته بحكم من طلّقت ثلاثاً أو اثنتين اتّفاقاً كما يظهر منهم، و الأخبار به كثيرة: كخبر أبى أيّوب قال: كنت عند أبى عبد اللّه (عليه السّلام) فجاء رجل فسأله فقال: رجل طلّق امرأته ثلاثاً، فقال: بانت منه. قال: فذهب ثمّ جاء رجل آخر من أصحابنا فقال: رجل طلّق امرأته ثلاثاً فقال: تطليقة. و جاء آخر فقال: رجل طلّق امرأته ثلاثاً، فقال: ليس بشىء، ثمّ نظر إلىَّ فقال: هو ما ترى، قال: قلت: كيف هذا؟ فقال: هذا يرى أنّه من طلّق امرأته ثلاثاً حرمت عليه، و أنا أرى أنّ من طلّق امرأته على السنّة ثلاثاً فقد بانت منه، و رجل طلّق امرأته ثلاثاً و هى على طهر فإنّما هى واحدة، و رجل طلّق امرأته على غير طهر فليس بشىء «۳».
و لو قال: «أنتِ طالق ثلاثاً إلّا ثلاثاً» صحّت واحدة لأنّا إمّا أن نوقع واحدة بقوله: «أنت طالق» و نلغى قوله: «ثلاثاً» فكما لغا، لغا و بطل الاستثناء و إمّا أن لا نوقع شيئاً، لمنافاة قوله: «ثلاثاً» له، فإذا قال: إلّا ثلاثاً اندفعت المنافاة «۴» فصحّت الواحدة، و لمّا كان من نيّته ذلك أوّلًا لم يكن قوله: «ثلاثاً إلّا ثلاثاً» إلّا مؤكّداً لما نواه، و بمنزلة قوله: «لا ثلاثاً».

---

(۱) المصدر السابق ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱۲ ب ۲۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۱۵ ب ۲۹ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۱۶.

(۴) فی ق وی زیادة: فإنّا نفیناها.

و لا- یتوهّمنّ أنّ قوله «إلّا ثلاثاً» نفی للثلاث کلّها، فهو نفی للواحدة أیضاً، فهو أیضاً من التعقیب بما ینافیه، لأنّ غایته أن یکون بمنزلة الإنکار بعد الإیقاع، و لا عبرة به ما لم یرد به الرجعة، و هذا اللفظ ممّا لا یصلح لقصد الرجعة به فبطل الاستثناء أیضاً، فبطلان الاستثناء إشارة إلی الوجهین، و النظر مقطوع عن بطلان استثناء الشی‌ء من نفسه، مع احتمال الإشارة إلیه و إن کان الأوّل أدقّ و أفید.

و کذا لو قال: أنت طالق طلقة إلّا طلقة فإن استثناء الشی‌ء من نفسه باطل، و غایته هنا أن یکون إنکاراً بعد الإیقاع، و قد عرفت أنّه لا عبرة به.

و لو قال: أنت طالق غیر طالق فإن قصد الرجعة صحّا معاً إن کانت رجعیّة فإنّ إنکار الطلاق رجعة کما سیأتی، و إن کان کاذباً فهو أولی بذلک، لأنّه لفظ صالح لإنشاء الرجعة، و قد قصدها به. و إن قصد النقض للطلاق من أصله لزم الطلاق إذ لا عبرة به بعد الإیقاع، فإنّه یکون حینئذٍ بمنزلة طلقة إلّا طلقة.

و لو قال: «زینب طالق» ثمّ قال: «أردت عمرة» قُبِل إن کانتا زوجتین له، للأصل و الاحتیاط، و لأنّه لا یعرف إلّا منه، و سبق اللسان إلی غیر المراد کثیر. و الفرق بینه و بین الإنکار المحض أو النقض ظاهر، نعم لا یسمع إن عارضه ظاهر قویّ، و إذا قبل فالظاهر عدم طلاق أحد منهما، لعدم النطق بلفظ یعیّن المطلّقة، مع احتمال الوقوع، لتنزیل زینب منزلة عمرة.

و لو قال: «زینب طالق بل عمرة» طلّقتا جمیعاً لأنّ «بل» لیس نصّاً فی الإنکار أو النقض، فلیحمل علی الجمع علی إشکال فی وقوع طلاق عمرة ینشأ من اشتراط النطق بالصیغة المرکّبة من المطلّقة و لفظ الطلاق، و ظهور الأخبار فی الانحصار فی «أنت طالق» «۱» فیحصل الشکّ فی أنّ العطف یکفی فی ذلک. أو لا بدّ من التلفّظ بالطلاق صریحاً فی المعطوفة.

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۲۹۴ ب ۱۶ من أبواب مقدّمات الطلاق.

و یجوز تعلّق الإشکال بالمسألتین علی أن یکون القبول فی الأُولی مشتملًا علی وقوع الطلاق ب «عمرة» و هو أیضاً ناشئ من اشتراط النطق بالصیغة، فإنّ أحد جزئی الصیغة اسم المطلّقة، أو ما یجری مجری اسمها ممّا یعیّنها، و الشکّ حاصل فی أنّ «زینب» هل تتنزّل هنا منزلة اسمها أم لا؟

و کذا الإشکال لو قال لأربع: أوقعتُ بینکنّ أربع طلقات من اشتراط الصیغة، مع ظهور الأخبار فی انحصارها فی «أنت طالق». و ممّا مرّ من الدلیل علی الوقوع بقوله: طلّقتک أو أنت مطلّقة. و قطع فی المبسوط بوقوع طلاق کلّ منهنّ کما قطع به فیهما «۱».

و لو قال: أنت طالق أعدل طلاق أو أحسنه أو أفضله أو أکمله أو أتمّه أو أقبحه أو أسمجه أو أردأه أو أحسنه أو أقبحه، أو ملء مکّة، أو ملء الدنیا، أو طویلًا، أو عریضاً، أو صغیراً أو حقیراً أو کبیراً أو عظیماً وقع لتمام الصیغة قبل القیود و لم تضرّ الضمائم و إن لم یتّصف الطلاق حقیقة بالصغر و الکبر و العظم و الحقارة و کونه مالئاً لحیّز، لشیوع التجوّز بأمثالها.

نعم إن أراد بها أو بالباقی ما ینافی الطلاق و لم یتجدّد القصد إلی ذلک بعد تمام الصیغة لم یقع، لعدم القصد إلی الإیقاع.

الشرط الرابع: إضافة الطلاق إلی المحلّ و هو جملة الزوجة.

فلو قال: یدک طالق، أو رجلک، أو رأسک، أو صدرک، أو وجهک أو بدنک من الأعضاء المعیّنة و إن کان یتجوّز بالوجه و الرأس و الید و البدن عن الجملة کثیراً أو علّقه علی الجزء المشاع. کأن قال ثلثک، أو نصفک، أو أضاف الطلاق إلی نفسه کأن

قال أنا منك طالق، لم يقع عندنا، للأصل و الاحتياط و الحصر. خلافاً للعامّة «٢».

الشرط الخامس: قصد الإنشاء كغيره من إيقاع أو عقد.

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٨.

(٢) شرح فتح القدير: ج ٣ ص ٣۵٩ وص ٣٧٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۴

فلو قصد الإخبار لم يقع، و يصدّق في قوله لو ادّعى أنّه قصده أي الإخبار ما لم يعلم أو يظهر كذبه؛ لأنّه لا يعرف إلّا منه، مع الأصل و الاحتياط.

[الفصل الرابع: الإشهاد في الطلاق]

الفصل الرابع: الإشهاد و هو ركن في الطلاق بالإجماع و النصوص من الأخبار و هي كثيرة «١» و الكتاب «٢» لأنّ حقيقة الأمر الوجوب. مع أنّ تعليقه بالإمساك ليس بأقرب من تعليقه بالطلاق و إن قرب لفظاً، لتخلّل قوله تعالى: «أَوْ فارِقُوهُنَّ» «٣» فلا يجوز العطف على قوله: «فَأَمْسِكُوهُنَّ» «۴» بل لا بدّ من العطف على مجموع هذه الشرطيّة أو الشرطيّة الاولى، أعني قوله: «إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ» «۵».

و على كلّ لا يتعيّن ما فيه الإشهاد، و إذا حمل على الإشهاد في الطلاق بقي الأمر على حقيقته من الوجوب لا إذا حمل على الإشهاد في الإمساك، إذ لا قائل بوجوبه في الرجعة إلّا مالك «۶» و الشافعي في أضعف قوليه «٧». على أنّ العارف بالكلام يعلم أنّ التخصيص بالإمساك بعيد جدّاً.

ثمّ الإمساك لا يتعيّن للرجعة إلّا إذا حمل بلوغ الأجل على مشارفته و هو خلاف الظاهر، فالظاهر أن يكون الإمساك بمعنى تجديد النكاح.

و يشترط فيه سَماعُ شاهدين ذكرين عدلين كما نطق الكتاب «٨» و السنّة «٩» بالجميع النطقَ بالصيغة كما نطق به الأخبار و الأصحاب. و العاجز عن النطق يشاهد الشاهدان إشارته أو كتابته. و كأنّ من لم يذكر العدالة من الأصحاب كالشيخ في النهاية «١٠» إنّما تركها اعتماداً على الظهور لا ذهاباً.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٨١ ب ١٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) الطلاق: ٢.

(۴) الطلاق: ٢.

(۵) الطلاق: ١.

(۶) الهداية للمرغيناني: ج ٢ ص ٧.

(٧) الامّ: ج ۵ ص ٢۴۵.

(٨) الطلاق: ٢.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۸۱ ب ۱۰ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(۱۰) النهاية: ج ۲ ص ۴۲۶.

فلو طلّق و لم يُشهد ثمّ أشهد لم يقع وقت الإيقاع للأمر في الأخبار بالطلاق بالشهادة بلفظة باء المصاحبة «۱» و لأنّ رجلًا بالكوفة أتى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فقال: إنّي طلّقت امرأتي بعد ما طهرت من محيضها قبل أن أُجامعها فقال (عليه السّلام): أشهدت رجلين ذوي عدل كما أمرك اللّه عزّ و جلّ «۲»؟ فقال: لا، فقال: اذهب فإنّ طلاقك ليس بشي‌ء «۳».

و وقع حين الإشهاد إن قصد الإنشاء و قد أتى بلفظه حينه و إلّا فلا و عليه يحمل خبر يعقوب بن يزيد عن أحمد بن محمّد قال سألته عن الطلاق، فقال: على طهر، و كان عليّ (عليه السّلام) يقول: لا طلاق إلّا بالشهود، فقال له رجل: إن طلّقها و لم يشهد ثمّ أشهد بعد ذلك بأيّام فمتى تعتدّ؟ قال: من اليوم الّذي أشهد فيه على الطلاق «۴».

و يكفي سماعهما صيغة الطلاق و إن لم يأمرهما بالشهادة كما ربّما يتوهّم من لفظ الآية «۵» لحسنة صفوان بن يحيى عن الرضا (عليه السّلام) أنّه سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانة طالق. و قوم يسمعون كلامه و لم يقل لهم: أشهدوا، يقع الطلاق؟ قال: نعم هذه شهادة «۶». و نحوها حسنة البزنطي عنه (عليه السّلام) «۷».

و لا يقبل شهادة الفاسق و إن تعدّد حتّى أفاد الشياع و لا مع انضمامه إلى عدل لاشتراط العدالة في الكتاب و الأخبار، و لا ينافيه خبر البزنطي عن الرضا (عليه السّلام) أنّه قال له: إن أشهد رجلين ناصبيّين على الطلاق أ يكون طلاقاً؟ قال: من ولد على الفطرة أُجيزت شهادته على الطلاق بعد أن يعرف

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۸۱ ب ۱۰ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه.

(۲) في ن زيادة: به.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۸۳ ب ۱۰ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۷.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۸۴ ب ۱۰ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۱۰.

(۵) الطلاق: ۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۲ ب ۲۱ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۲.

(۷) المصدر السابق ح ۱.

منه خير «۱» المنع كون الناصب مولوداً على الفطرة ثمّ معرفة الخير منه، فإنّه كناية عن عدم معرفة الشرّ منه، و إلّا فالإسلام خير.

و كذا صحيح عبد اللّه بن المغيرة قال قلت للرضا (عليه السّلام): رجل طلّق امرأته و أشهد شاهدين ناصبيّين: قال: كلّ من ولد على الفطرة، و عرف بالصلاح في نفسه، جازت شهادته «۲».

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

و لو شهد فاسقان ثمّ تابا سُمعت شهادتهما إن انضمّ إليهما فى السماع عدلان و إن لم يشهدا معهما الآن لانعقاده صحيحاً بشهادتهما و إلّا ينضمّا إليهما فى السماع فلا فائدة لشهادة الفاسقين.

و لا بدّ من اجتماعهما حال التلفّظ بالصيغة أو إشارة العاجز أو كتابته بالاتّفاق كما هو الظاهر، لأنّه المفهوم من الآية و الأخبار، إذ مع الافتراق لم يقع فى الطلاق إشهاد عدلين و لا كان مصاحباً لشهادتهما. و لحسن البزنطى سأل الرضا (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته على طهر من غير جماع و أشهد اليوم رجلًا ثمّ مكث خمسة أيّام ثمّ أشهد آخر، فقال: إنّما أُمر أن يُشْهدا جميعاً «٣».

فلو أنشأ الطلاق بحضور أحدهما ثمّ أنشأ بحضور الآخر لم يقع إذا لم يُشْهدهما فى شىء منهما.

و لو أنشأ بحضور أحدهما ثمّ أنشأ بحضورهما معاً وقع الثانى إن قصد به الإنشاء و لو قصد فى الثانى الإخبار بطلا و هو ظاهر.

و لو شهدا بالإقرار لم يشترط الاجتماع للأصل من غير معارض.

و لو شهد أحدهما بالإنشاء و الآخر بالإقرار لم يقبل، و لا يشترط اجتماعهما فى الأداء بل إنّما يشترط فى التحمّل للإنشاء للأصل بلا معارض، و عليه يحمل صحيح ابن البزيع سأل الرضا (عليه السّلام) عن تفريق الشاهدين

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٨٢ ب ١٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۴.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٠ ب ۴١ من أبواب الشهادات ح ۵.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٠١ ب ٢٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

فى الطلاق؟ قال: نعم، و تعتدّ من أوّل الشاهدين، و قال: لا يجوز حتّى يشهدا جميعاً «١».

و المراد بالاعتداد من أوّل الشاهدين: أنّه إذا ثبت الطلاق بالشاهدين فحساب العدّة ليس من شهادة الأخير، بل من شهادة الأوّل، بل من الوقت الّذى شهد بوقوعه فيه.

و لا يُقبل شهادة النساء و إن انضممن إلى الرجال باتّفاق الأصحاب كما يظهر منهم، لظاهر الآية «٢». و حسن البزنطى قال للرضا (عليه السّلام): فإن طلّق على طهر من غير جماع بشاهد و امرأتين، فقال: لا تجوز شهادة النساء فى الطلاق، و قد تجوز شهادتهنّ مع غيرهنّ فى الدم إذا حضرنه «٣».

و قبل ابنا أبى عقيل «۴» و الجنيد «۵» شهادتهنّ مع الرجال. و كذا الشيخ فى المبسوط «۶». و الظاهر أنّ مرادهم ثبوته بذلك بعد إيقاعه بشهادة رجلين لا إيقاعه، و هو فى كلام الشيخ أظهر، فلا خلاف فى المسألة.

و لو أشهد من ظاهره العدالة وقع ظاهراً و باطناً و إن كانا فى الباطن فاسقين أو أحدهما إذ لا تكليف إلّا بالظاهر، و الأصل فى المؤمن العدالة، و الأصل عدم اشتراط الزائد على ذلك فى الوقوع باطناً و حلّت هذه المطلّقة عليهما أى الشاهدين العادلين ظاهراً لا باطناً على إشكال من وقوع الطلاق الصحيح ظاهراً و باطناً لما عرفت. و من أنّه إنّما عُفى عمّا فى الباطن و اكتفى بالظاهر لمن لم يطّلع إلّا على الظاهر، لاستحالة تكليف الغافل دون المطّلع على الباطن.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٠١ ب ٢٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٢.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٨٢ ب ١٠ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۴.

(۴) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٨ ص ۴۶٣ ۴۶۴.

(۵) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٨ ص ۴۶۳ ۴۶۴

(۶) المبسوط: ج ٨ ص ١٧٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٨

و يجوز تعليق الإشكال بكلّ من الوقوع و الحليّة عليهما كما فى التحرير «١». و ينشأ فى الوقوع، من اشتراط العدلين فى الكتاب و السنّة. و العدل حقيقة فى العدل فى نفس الأمر لا ـ ظاهر العدالة، و إنّما يلزم من استحالة تكليف الغافل أن يقع ظاهراً إلى أن ينكشف الفسق فينكشف الفساد.

أمّا لو كان المطلّق ظاهراً أى مطّلعاً على فسقهما فالوجه البطلان فإنّ ظهور العدالة إن أفاد فإنّما يفيد فى نظر المطلّق، فهما حينئذٍ ليسا بظاهرى العدالة.

و لو كانا ظاهرى الفسق، عادلين فى أنفسهما فهل يقع؟ وجهان: من ظاهر الآية «٢» و الأولويّة. و من حمل «ذَوَىْ عَدْلٍ» على ظاهرى العدالة.

و لو كان أحدهما أى الشاهدين الزوج ففى صحّة إيقاع الوكيل إشكال من صدق إشهاد المطلّق شاهدين. و من أنّ ظاهر الخطاب فى الآية «٣» توجّهه إلى الأزواج، و أنّ المطلّق هو الزوج، و الوكيل نائب منابه و كالآلة له.

فإن قلنا به أى الوقوع أو الصحّة لم يثبت بشهادته مع الآخر عند الحاكم فإنّه المدّعى قطعاً.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۵۴ س ٢۶.

(٢) الطلاق: ٢.

(٣) الطلاق: ٢

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٩

[المقصد الثانى فى أقسام الطلاق]

اشارة

المقصد الثانى فى أقسام الطلاق و هو إمّا واجب، كطلاق المولى و المظاهر، فإنّهما يجب عليهما، إمّا الطلاق أو الفئة كما يأتى و أيّهما أوقعه كان واجباً تخييراً، و كطلاق أحد الحكمين إذا تعذّر الصلح.

و إمّا مندوب، كما يوقعه الزوج فى حالة الشقاق إذا لم يمكن الاتّفاق أو مع الريبة الظاهرة.

و إمّا مكروه، كما فى حالة التئام الأخلاق لقوله (صلّى اللّه عليه و آله): «أبغض الحلال إلى اللّه الطلاق» «١» و قوله (صلّى اللّه عليه و آله): «إنّ اللّه يبغض المطلاق الذوّاق» «٢» إلى غير ذلك.

و إمّا محظور، كطلاق الحائض و الموطوءة فى مدّة الاستبراء و هى قبل الانتقال من طهر الوطء إلى آخر بالشروط الآتية، و كذا «٣» لو قسّم بينهنّ فلمّا جاءت نوبة بعضهنّ طلّقها على وجه، لما فيه من إسقاط حقّها.

و أيضاً الطلاق إمّا بدعىّ أو شرعىّ، فالأوّل طلاق الحائض و النفساء مع الدخول و الحضور و عدم الحمل، و طلاق الموطوءة فى طهر المواقعة إذا كانت غير يائسة و لا صغيرة و لا حامل، و الطلاق ثلاثاً

---

(۱) السنن الكبرى: ج ۷ ص ۳۲۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۶۷ ب ۱ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۵.

(۳) فى ن بدل «كذا» كما.

بلا تخلّل رجعة، و بالجملة كلّ ما خالف الشرع منه.

و الكلّ باطل إلّا الأخير، فإنّه يقع واحدة و إن كانت الثلاث بلفظ واحد على أحد القولين، و قد عرفت الجميع. و إطلاق الطلاق على الفاسد إمّا حقيقة لغويّة، أو شرعيّة، أو عرفيّة، أو مجاز.

و أمّا الشرعى: فإمّا طلاق عدّة أو سنّة، فالأوّل: يشترط فيه الرجوع فى العدّة و المواقعة. و صورته: أن يطلّق على الشرائط المعتبرة ثمّ يراجع فى العدّة و يواقع، ثمّ يطلّقها فى غير طهر المواقعة و لو باعتقاده إذا كان غائباً ثمّ يراجعها فى العدّة و يطؤها ثمّ يطلّقها فى طهر آخر كما فى صحيح زرارة عن الباقر (عليه السّلام) قال: و أمّا طلاق العدّة التى قال اللّه تبارك و تعالى: «فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَ أَحْصُوا الْعِدَّةَ» فإذا أراد الرجل منكم أن يطلّق امرأته طلاق العدّة فلينتظر بها حتّى تحيض و تخرج من حيضها، ثمّ يطلّقها تطليقة من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين و يراجعها من يومه ذلك إن أحبّ أو بعد ذلك بأيّام قبل أن تحيض و يُشهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه حتّى تحيض الحيضة الثالثة، فإذا حاضت و خرجت من حيضها، طلّقها تطليقة أُخرى من غير جماع و يُشهد على ذلك، ثمّ يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض، و يُشهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه إلى أن تحيض الحيضة الثالثة، فإذا خرجت من حيضتها الثالثة طلّقها الثالثة بغير جماع و يُشهد على ذلك «۱».

ثمّ الظاهر من عبارة المصنّف و كثيرٍ: أنّ مجموع الثلاث الطلقات صورة طلاق العدّة، و ربّما يتوهّم من الخبر. و الأجود ما [مرّ فى النكاح و] «۲» نصّ عليه جماعة منهم: بنو إدريس «۳» و سعيد «۴»: من أنّه الطلاق الّذى يراجع فى عدّته، و الخبر بهذا المعنى، فإنّه تفسير للآية و قد أمر فيها، و لا يظهر وجه للأمر بالثلاث، فالمراد

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۴۸ ب ۲ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱.

(۲) ما بين المعقوفتين زيادة فى ط.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۶۶۹.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۶۶ و شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۲۴.

فى الخبر بقوله: «ثمّ يطلّقها» ثُمّ يطلّقها إن أراد، و كذا الباقى.

و إذا طلّقت الطلقة الثالثة فتحرم عليه بالنصوص «۱» و الإجماع حتّى تنكح زوجاً غيره فإذا فارقته ثمّ عادت إليه بنكاح جديد ففعل كالأوّل ثمّ تزوّجت بالمحلّل أى تزوّج فوطئها ثمّ فارقته و عادت إلى الأوّل فصنع كما تقدّم، حرمت عليه أبداً فى المرّة التاسعة أو الطلقة «۲» التاسعة بالإجماع كما فى الانتصار «۳».

و لخبر أبى بصير سأل الصادق (عليه السّلام) عن الّذى يطلّق ثمّ يراجع ثمّ يطلّق ثمّ يراجع ثمّ يطلّق، قال: لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فيتزوّجها رجل آخر فيطلّقها على السنّة، ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل فيطلّقها ثلاث تطليقات فتنكح زوجاً غيره [فيطلّقها] «۴» ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل فيطلّقها ثلاث مرّات على السنّة، ثمّ تنكح، فتلك التى لا تحلّ له أبداً «۵». [و ما سيأتى فى خبرى جميل و زرارة، مع داود بن سرحان] «۶».

و قول الرضا (عليه السّلام) فى مكاتبة محمّد بن سنان: و علّة تحريم المرأة بعد تسع تطليقات فلا تحلّ له أبداً عقوبة لئلّا يتلاعب بالطلاق و لا يستضعف المرأة، و ليكون ناظراً فى أُموره متيقّظاً و ليكون يأساً لها «۷» من الاجتماع بعد تسع تطليقات «۸».

و أمّا طلاق السنّة فأن يطلّق على الشرائط، ثمّ يتركها حتّى تخرج من العدّة و الظاهر حصول المسمّى بمجرّد ذلك.

و لكن إن أراد أن يعقد عليها ثانياً عقد عقداً جديداً بمهر جديد

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵۰ ب ۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(۲) فى ق، ط: لِلطلقة.

(۳) الانتصار: ص ۱۰۸.

(۴) لم يرد فى نسخ كشف اللثام.

(۵) الخصال: ص ۴۲۱ باب التسعة ح ۱۸.

(۶) ما بين المعقوفتين زيادة فى ط.

(۷) فى وسائل الشيعة بدل «يأساً لها»: مؤيساً لها.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۰ ب ۴ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۸.

ثمّ يطأها ثمّ يطلّقها إن أراد فى طهر آخر و يتركها حتّى تخرج العدّة ثمّ يتزوّجها إن أراد بعقد جديد و مهر جديد ثمّ يطأها ثمّ يطلّقها فى طهر آخر إن أراد، كما قال الباقر (عليه السّلام) لزرارة فى الصحيح: أمّا طلاق السنّة فإذا أراد الرجل أن يطلّق امرأته فلينتظر بها حتّى تطمث و تطهر، فإذا خرجت من طمثها طلّقها تطليقة من غير جماع، و يُشهد شاهدين على ذلك، ثمّ يدعها حتّى تطمث طمثتين فتنقضى عدّتها بثلاث حِيَض و قد بانت منه، و يكون خاطباً من الخطّاب إن شاءت تزوّجته، و إن شاءت لم تزوّجه و عليه نفقتها، و السكنى ما دامت فى عدّتها «۱».

و إذا تمّت الثلاث فتحرم عليه حتّى تنكح غيره و لا يهدم تركها إلى انقضاء عدّتها تحريمها فى الثالثة لعموم الآية «۲» و قول الصادقين (عليهما السّلام) فى صحيح زرارة و محمّد بن مسلم و غيرهما: إنّ الطلاق الّذى أمر اللّه به فى كتابه و سنّة نبيّه (صلّى اللّه عليه و آله) أنّه إذا حاضت المرأة و طهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل أن يجامعها على تطليقة ثمّ هو أحقّ برجعتها ما لم تمض ثلاثة قروء، فإن راجعها كانت عنده على تطليقتين و إن مضت ثلاثة قروء قبل أن يواقعها «۳» فهى أملك بنفسها، فإن أراد أن يخطبها مع الخطّاب خطبها، فإن تزوّجها كانت عنده على تطليقتين و ما خلا هذا فليس بطلاق «۴».

و قول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح ابن سنان قال: قال أمير المؤمنين (عليه السّلام): إذا أراد الرجل الطلاق طلّقها فى قبل عدّتها فى غير جماع، فإنّه إذا طلّقها واحدة ثمّ تركها حتّى يخلو أجلها أو بعده فهى عنده على تطليقة، فإن طلّقها الثانية و شاء أن يخطبها مع الخطّاب إن كان تركها حتّى خلا أجلها، و إن شاء راجعها قبل أن ينقضى أجلها، فإن فعل فهى عنده على تطليقتين، فإن طلّقها ثلاثاً فلا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره و هى ترث و تورث ما دامت فى الطلقتين الأوّلتين «۵».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۴۴ ب ۱ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱.

(۲) البقرة: ۲۳۰.

(۳) فى وسائل الشيعة بدل «يواقعها»: يراجعها.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵۱ ۳۵۲ ب ۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۷.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵۲ ب ۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۸.

و قوله (عليه السّلام) لأبى بصير: إذا أراد الرجل أن يطلّق امرأة يدعها إن كان قد دخل بها حتّى تحيض ثمّ تطهر، فإذا طهرت طلّقها واحدة بشهادة شاهدين ثمّ يتركها حتّى تعتدّ ثلاثة قروء، فإذا مضت ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة و كان زوجها خاطباً من الخطّاب، إن شاءت تزوّجته، و إن شاءت لم تفعل، فإن تزوّجها بمهر جديد كانت عنده على اثنتين «۱» باقيتين و قد مضت الواحدة، فإن هو طلّقها واحدة أُخرى على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثمّ تركها حتّى تمضى أقراؤها. فإذا مضت أقراؤها من قبل «۲» أن يراجعها فقد بانت منه باثنتين و ملكت أمرها و حلّت للأزواج و كان زوجها خاطباً من الخطّاب، إن شاءت تزوّجته، و إن شاءت لم تفعل، فإن هو تزوّجها تزويجاً جديداً بمهر جديد كانت معه على واحدة باقية و قد مضت ثنتان، فإن أراد أن يطلّقها طلاقاً لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره تركها حتّى إذا حاضت و طهرت أشهد على طلاقها تطليقة واحدة، ثمّ لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره «۳».

و ظاهر الفقيه الهدم، قال: و سمّى طلاق السنّة طلاق الهدم متى استوفت قروءها و تزوّجها ثانية هدم الطلاق الأوّل «۴».

و دليله أخبار: منها: خبر عبد اللّه بن بكير عن زرارة قال: سمعت أبا جعفر (عليه السّلام) يقول: الطلاق الّذى يحبّه اللّه و الّذى يطلّق الفقيه، و هو العدل بين المرأة و الرجل، أن يطلّقها فى استقبال الطهر بشهادة شاهدين و إرادة من القلب، ثمّ يتركها حتّى يمضى ثلاثة قروء فإذا رأت الدم فى أوّل قطرة من الثالثة و هو آخر القروء، لأنّ الأقراء هى الأطهار فقد بانت منه و هى أملك بنفسها، فإن شاءت تزوّجته و حلّت له بلا زوج، فإن فعل هذا بها مائة مرّة هدم ما قبله و حلّت له بلا زوج، و إن راجعها قبل أن تملك نفسها، ثمّ طلّقها ثلاث مرّات يراجعها و يطلّقها لم تحلّ له إلّا بزوج «۵».

---

(۱) فى ن بدل «اثنتين»: تطليقتين.

(۲) فى ن، ق بدل «من قبل»: من غير.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۴۵ ب ۱ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۳.

(۴) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۴۹۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵۵ ب ۲ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱۶.

و يضعّفه مع كون ابن بكير فطحيّاً أنّ ابن سماعة قال: و كان ابن بكير يقول: المطلّقة إذا طلّقها زوجها ثمّ تركها حتّى تبين ثمّ يزوّجها فإنّما هى عنده على طلاق مستأنف، قال: و ذكر الحسين بن هاشم: أنّه سأل ابن بكير عنها فأجابه بهذا الجواب، فقال له: سمعت فى هذا شيئاً؟ فقال: رواية رفاعة، فقال: إنّ رفاعة روى أنّه إذا دخل بينهما زوج فقال: زوج و غير زوج عندى سواء. فقلت: سمعت فى هذا شيئاً؟ فقال: لا، هذا ممّا رزق اللّه من الرأى، قال ابن سماعة: و ليس نأخذ بقول ابن بكير، فإنّ الرواية إذا كان بينهما زوج «۱». و حكى عنه نحو ذلك عبد اللّه بن المغيرة «۲».

فالظاهر ما فى التهذيب: من أنّه لمّا كان ذلك مذهبه و رأى أنّ أصحابه لا يقبلونه منه إذا كان من رأيه أسنده إلى من رواه عن الباقر (عليه السّلام) ترويجاً له «۳».

و منها: خبر سيف بن عميرة عن عبد اللّه بن سنان قال: إذا طلّق الرجل امرأته فليطلّق على طهر بغير جماع بشهود، فإنّ تزوّجها بعد

ذلك فهى عنده على ثلاث و بطلت التطليقة الأولى، و إن طلّقها اثنتين ثمّ كفّ عنها حتّى تمضى الحيضة الثالثة بانت منه بثنتين و هو خاطب، فإن تزوّجها بعد ذلك فهى عنده على ثلاث تطليقات و بطلت الاثنتان، فإن طلّقها ثلاث تطليقات على العدّة لم تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره «۴». و هو موقوف على ابن سنان، فيجوز أن يكون رأياً رآه أو سمعه من ابن بكير.

و منها: خبر معلّى بن خنيس عن الصادق (عليه السّلام) فى رجل طلّق امرأته ثمّ لم يراجعها حتّى حاضت ثلاث حيض، ثمّ تزوّجها، ثمّ طلقها فتركها حتّى حاضت ثلاث حيض من غير أن يراجعها حتّى «۵» يمسّها قال: له أن يتزوّجها أبداً ما لم يراجع و يمسّ «۶». و هو مع الضعف لا ينصّ على المقصود.

---

(۱) الكافى: ج ۶ ص ۷۸ ذيل حديث ۳.

(۲) الكافى: ج ۶ ص ۷۸ ذيل حديث ۴.

(۳) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۳۶ ذيل حديث ۱۰۷.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵۵ ب ۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱۵.

(۵) فى ن، ق بدل «حتّى»: يعنى.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵۴ ب ۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱۳ مع اختلاف.

و لا تحرم هذه المطلّقة للسنّة مؤبّداً أبداً، و هو ممّا قطع به الأصحاب، و يؤيّده الأصل، و عموم: «مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» «۱». و لا يعارضهما عموم «۲» خبر زرارة و داود بن سرحان عن الصادق (عليه السّلام): إنّ الّذى يطلّق الطلاق الّذى لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات لا تحلّ له أبداً «۳». و صحيح جميل عنه (عليه السّلام): إذا طلّق الرجل المرأة فتزوّجت ثمّ طلّقها فتزوّجها الأوّل ثمّ طلّقها فتزوّجت رجلًا ثمّ طلّقها، فإذا طلّقها على هذا ثلاثاً لم تحلّ له أبداً «۴».

و قد يراد بطلاق السنّة ما يقابل البدعىّ و هو الشرعىّ فيكون أعمّ من معناه المتقدّم، و به ورد نحو حسن البزنطى سأل الرضا (عليه السّلام) كيف طلاق السنّة؟ قال: يطلّقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشاها بشهادة عدلين كما أمر اللّه عزّ و جلّ فى كتابه، فإن خالف ذلك ردّ إلى كتاب اللّه «۵».

و لو راجع فى العدّة و طلّق ثانياً قبل المواقعة صحّ الطلاق، لاستجماعه الشروط و نصّت به الأخبار، كصحيح محمّد بن مسلم و عبد الحميد بن عوّاض سألا الصادق (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته و أشهد على الرجعة و لم يجامع ثمّ طلّق فى طهر آخر على السنّة أ تثبت التطليقة الثانية بغير جماع؟ قال: نعم إذا هو أشهد على الرجعة و لم يجامع كانت التطليقة ثابتة «۶».

و صحيح البزنطى سأل الرضا (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته بشاهدين ثمّ راجعها و لم يجامعها بعد الرجعة حتّى تطهّرت «۷» من حيضها ثمّ طلّقها على طهر بشاهدين أ يَقَع عليها التطليقة الثانية و قد راجعها و لم يجامعها؟ قال: نعم «۸».

---

(۱) النساء: ۲۴.

(۲) فى ط بدل «و لا يعارضهما عموم»: و الحصر فيما مرَّ من خبر أبى بصير فيقيّد إطلاق.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵۸ ۳۵۹ ب ۴ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۰۸ ب ۱۱ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ۲.

(۵) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۴۹ ح ۱۵۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۸ ب ۱۹ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱.
(۷) فى وسائل الشيعة: طهرت.
(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۸ ب ۱۹ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۲.

و لم يكن طلاق عدّة للاتّفاق على اشتراط المواقعة فيه كما نصّت به الأخبار، منها: ما مضى من صحيح زرارة «۱». و منها: حسن عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق (عليه السّلام) قال: لا تطلّق التطليق الأُخرى حتّى يمسّها «۲».

و لا طلاق سنّة بالمعنى الأخصّ لاشتراط عدم الرجعة فيه إلى انقضاء العدّة.

و كذا لو تزوّجها و طلّق قبل الدخول صحّ، و لم يكن طلاق عدّة و لا سنّة؛ لانتفاء العدة.

و لو طلّق الحامل و راجعها جاز أن يطأها و يطلّقها ثانية للعدّة أى بعد الوطء فى الرجعة إجماعاً و إن أطلق الصدوقان المنع «۳» للأصل و الأخبار «۴».

و عندى أنّه لا نصوصيّة فى شىء منها فى ذلك إلّا خبر يزيد الكناسىّ سأل الباقر (عليه السّلام) عن طلاق الحبلى، فقال: يطلّقها واحدة للعدّة بالشهور و الشهود، قلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم و هى امرأته، قلت: فإن راجعها و مسّها ثمّ أراد أن يطلّقها تطليقة أُخرى، قال: لا يطلّقها حتّى يمضى لها بعد ما مسّها شهر، قلت: فإن طلّقها ثانية و أشهد ثمّ راجعها و أشهد على رجعتها و مسّها ثمّ طلّقها التطليقة الثالثة و أشهد على طلاقها لكلّ عدّة شهر، هل تبين منه كما تبين المطلّقة على العدّة التى لا تحلّ لزوجها حتّى تنكح زوجاً غيره؟ قال: نعم، قلت: فما عدّتها؟ قال: أن تضع ما فى بطنها ثمّ قد حلّت للأزواج «۵».

فالأحوط ما ذكره أبو على من التربّص شهراً للتطليق «۶». و بإزائه أخبار ناصّة

---

(۱) مضى فى الصفحة ۵۰.
(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۶ ب ۱۷ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۲.
(۳) المقنع: ص ۱۱۶. و حكاه عن علىّ بن بابويه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۶۲.
(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۰ ب ۲۰ من أبواب أقسام الطلاق.
(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۲ ب ۲۰ من أبواب أقسام الطلاق ح ۱۱.
(۶) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۶۲.

على أنّ تطليقها واحدة، و هى كثيرة، منها: صحيح الحلبىّ عن الصادق (عليه السّلام) قال: طلاق الحبلى واحدة «۱».

و لذلك كان فى طلاق السنّة أى بعد المراجعة قبل الوطء قولان: فالشيخ «۲» و جماعة جمعوا بين الأخبار بأنّ المجوّز ثانياً و ثالثاً طلاق العدّة أى بعد الوطء، كما صرّح به فيما سمعته من الخبر. و الممنوع طلاق السنّة أى بعد الرجعة بلا وطء.

و بنو «۳» إدريس «۴» و سعيد «۵» على جواز كلّ من الطلاقين ثانياً و ثالثاً للأصل. و عموم «الطَّلٰاقُ مَرَّتٰانِ». و كون هذه أخبار آحاد مع احتمالها الاستحباب، و أن لا يكون المراد فى شىء منها الحصر فى الواحدة، إذ لا أداة حصر، و لا يتعيّن إرادته بوجه، بل يحتمل الكلّ احتمالًا واضحاً أن يراد بها أنّ طلاقها محسوب من الثلاث، و ليس باطلًا كما قد يتوهّم بطلانه، لوقوعه فى طهر المواقعة. يدلّ عليه خبر إسحاق بن عمّار سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الحبلى تطلّق الطلاق الّذى لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره؟ قال: نعم، قال: قلت: أ لست قلت لى: إذا جامع لم يكن له أن يطلّق؟ قال: إنّ الطلاق لا يكون إلّا فى طهر قد بان، أو حمل

قد بان، و هذه قد بان حملها «۶».

فإسحاق بن عمّار توهّم أنّه إن وقع بها الطلقة الثالثة و هی حبلی لم يحسب من الثلاث و لم يفتقر حلّها إلی المحلّل و إن طلّقها قبل الحمل مرّتين، لوقوعها فی طهر المواقعة.

فإن راجعها بعد ما طلّقها ثانياً طلاق العدّة ثمّ طلّقها ثالثاً للعدّة

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۱۹ ب ۹ من أبواب العدد ح ۸.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۴۴۱ ۴۴۲.

(۳) فی ن: ابنا.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۸۹.

(۵) شرائع الإسلام ج ۳ ص ۲۴، و أُنظر الجامع للشرائع: ص ۴۶۷.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۲ ب ۲۰ من أبواب أقسام الطلاق ح ۸.

حرمت عليه بدون المحلّل كغيرها، كما نصّ عليه ما سمعته من خبر الكناسی «۱».

و لو طلّق الحائل ثمّ راجعها فإن واقعها و طلّقها فی طهر آخر صحّ إجماعاً و كان الأوّل طلاق العدّة بالمعنی الأوّل، و الثانی طلاقها بالمعنی الثانی.

و إن طلّقها فی طهر آخر من غير مواقعة فأصحّ الروايتين و أشهرهما الوقوع ففی الصحيح عن عبد الحميد بن عوّاض و محمّد بن مسلم سألا الصادق (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته و أشهد علی الرجعة و لم يجامع ثمّ طلّق فی طهر آخر علی السنّة أ تثبت التطليقة الثانية بغير جماع؟ قال: نعم إذا هو أشهد علی الرجعة و لم يجامع كانت التطليقة ثابتة «۲».

و فی الصحيح عن البزنطی سأل الرضا (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته بشاهدين ثمّ راجعها و لم يجامعها بعد الرجعة حتّی طهرت من حيضها ثمّ طلّقها علی طهر بشاهدين، أ يقع عليها التطليقة الثانية و قد راجعها و لم يجامعها؟ قال: نعم «۳». و يعضدهما الأصل و العمومات.

و قال الحسن: لو طلّقها من غير جماع بتدنيس مواقعةٍ بعد المراجعة لم يُجز ذلک، لأنّه طلّقها من غير أن ينقضی الطهر الأوّل و لا ينقضی الطهر الأوّل إلّا بتدنيس المواقعة بعد المراجعة، و إذا جاز أن يطلّق التطليقة الثانية بلا طهر جاز أن يطلّق كلّ تطليقةٍ بلا طهر، و لو جاز ذلک لما وضع اللّه الطهر «۴».

و يؤيّده أخبار، كقول الصادق (عليه السّلام) فی حسن عبد الرحمن بن الحجّاج: لا يطلّق التطليقة الأُخری حتّی يمسّها «۵».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۲ ب ۲۰ من أبواب أقسام الطلاق ح ۱۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۸ ب ۱۹ من أبواب أقسام الطلاق ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۸ ۳۷۹ ب ۱۹ من أبواب أقسام الطلاق ح ۲.

(۴) حكاه عنه فی مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۸۰.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۶ ب ۱۷ من أبواب أقسام الطلاق ح ۲.

و فى خبر أبى بصير: المراجعة: هى الجماع، و إلّا فإنّما هى واحدة «۱».
و فى خبر آخر له: فإن طلّقها على طهر بشهود ثمّ راجعها و انتظر بها الطهر من غير مواقعة فحاضت و طهرت ثمّ طلّقها قبل أن يدنّسها بمواقعة بعد الرجعة لم يكن طلاقه لها طلاقاً، لأنّه طلّقها التطليقة الثانية فى الطهر الأوّل، و لا ينقضى الطهر إلّا بمواقعة بعد الرجعة. و كذلك لا تكون التطليقة الثالثة إلّا بمراجعة و مواقعة بعد المراجعة ثمّ حيض و طهر بعد الحيض ثمّ طلاق بشهود حتّى يكون لكلّ تطليقة طهر من تدنيس المواقعة بشهود «۲».
و خبر إسحاق بن عمّار عن الكاظم (عليه السّلام) قال له (عليه السّلام): فليس ينبغى له إذا راجعها أن يطلّقها إلّا فى طهر «۳»؟ فقال: نعم قال «۴» حتّى يجامع؟ فقال نعم «۵». حملت على طلاق العدّة، لخبر المعلّى بن خنيس عن الصادق (عليه السّلام) قال: الّذى يطلّق ثمّ يراجع ثمّ يطلّق فلا يكون فيما بين الطلاق و الطلاق جماع فتلك تحلّ له قبل أن تُزوّج زوجاً غيره، و التى لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره هى التى تجامع فيما بين الطلاق و الطلاق «۶». أو على استحباب الكفّ عن الطلاق ما لم يواقعها و يؤيّده لفظ «ينبغى» فى خبر إسحاق بن عمّار.
فإن راجع و طلّقها ثالثاً فى طهر آخر حرمت عليه حتّى تنكح زوجاً غيره، لعموم الآية «۷» و غيرها و لم يكن هذه الطلقة الثالثة طلاق عدّة و لا سنّةٍ بالمعنى الأخصّ لعدم الرجعة، و عدم إمكانها بعدها لا فى العدّة و لا بعدها.
و كذا لو وقع الطلاق قبل المواقعة فى الطهر الأوّل بعد طلاق آخر

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۶ ب ۱۷ من أبواب أقسام الطلاق ح ۱.
(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۴۹ ب ۱ من أبواب أقسام الطلاق ذيل حديث ۲.
(۳) فى وسائل الشيعة زيادة: آخر.
(۴) فى وسائل الشيعة بدل «قال»: قلت.
(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۷۸ ب ۸ من أبواب مقدّماته و شرائطه ذيل حديث ۶.
(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۹ ب ۱۹ من أبواب أقسام الطلاق ح ۳.
(۷) البقرة: ۲۳۰.

فيه صحّ على أقوى الروايتين و هى رواية إسحاق بن عمّار قال للكاظم (عليه السّلام): رجل طلّق امرأته ثمّ راجعها بشهود، ثمّ طلّقها، ثمّ بدا له فراجعها «۱» ثمّ طلّقها [فراجعها «۲»] بشهود تبين منه؟ قال: نعم، قلت: كلّ ذلك فى طهر واحد، قال: تبين منه «۳». و يؤيّدها الأصل و العمومات.
و الرواية الأُخرى ما نهى عن الطلاق ثانياً قبل الوطء، و قد سمعت جملة من ذلك، و أنّ الحسن ذاهب إليه «۴».
و إنّما كانت الأُولى أقوى، لتأييدها بالأصل و العمومات و الشهرة بين الأصحاب، و معارضة الأخبار المعارضة لها بما عرفت من النصوص على جواز الطلاق ثانياً و إن لم يجامع.
لكنّ الأولى تفريق الطلاق على الأطهار مع المواقعة فى الرجعتين، جمعاً و خروجاً من الخلاف.
و لو وطئ وجب التفريق قولًا واحداً إن وجب الاستبراء بأن لم تكن حاملًا أو صغيرة أو يائسة و إلّا يجب فلا يجب التفريق، أمكن أو لا.
و أيضاً الطلاق: إمّا بائن أو رجعىّ، فالأوّل: ما لا رجعة فيه للزوج إلّا بعقدٍ مستأنفٍ إن جاز فتدخل الطلقة الثالثة و التاسعة

المحرّمة لها.

[أقسام الطلاق البائن و هى ستة]

اشارة

و هو ستّة أقسام:

[القسم الأول]

الأوّل: طلاق غير المدخول بها و إن خلا بها خلوة تامّة، و إن حكم باعتدادها حينئذٍ ظاهراً فى قُبُل كان الدخول أو دُبُر لصدق المسّ و الإدخال و الدخول و المواقعة و التقاء الختانين إن فسّر بالتحاذى، و إمكان سبق المنى فيهما إلى الرحم دخولًا موجباً للغسل بغيبوبة الحشفة و إن لم ينزل لخروج ما دونها عما ذكر.

---

(١) فى وسائل الشيعة زيادة: بشهود.

(٢) لم يرد فى نسخ كشف اللثام.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٩ ب ١٩ من أبواب أقسام الطلاق ح ۵.

(۴) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۶١

[القسم الثانى]

الثانى: اليائسة، و هى من بلغت خمسين سنة أو ستّين على ما تقدّم فى الطهارة و إن دخل بها.

[القسم الثالث]

الثالث: من لم تبلغ المحيض، و هى من لها دون تسع سنين و إن دخل بها لأنّه لا عدّة عليها للأمن من اختلاط الماءين، و سيأتى الخلاف فى اعتدادها و الكلام من الجانبين.

و ممّا ينصّ على بينونتهنّ نحو خبر عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق (عليه السّلام) قال: ثلاث يتزوّجن على كلّ حال: التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قال: و ما حدّها؟ قال: إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين. و الّتى لم يدخل بها. و الّتى قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قال: و ما حدّها؟ قال: خمسون سنة «١».

[القسم الرابع]

الرابع: المختلعة ما لم ترجع فى البذل فإن رجعت فيه فى العدّة انقلب الطلاق رجعيّاً كما سيأتى، و الانقلاب بمعنى أنّ للزوج حينئذٍ الرجوع فى البُضع اتّفاقىّ منصوص «٢».

و هل يتبعه توابع الرجعيّة من وجوب الإنفاق و الإسكان و تحريم الرابعة و الأُخت؟ الأقرب ذلك مطلقاً مع العلم برجوعها، و العدم فى تحريم الرابعة و الأُخت، بمعنى أنّه إن فعل غير عالم برجوعها انكشف فساد العقد، لأنّ الصحّة و الفساد من أحكام الوضع. و هى لا تسقط بالغفلة و الجهل، و صدق نكاح الخامسة و الجمع بين الأُختين و إن كان غافلًا عنهما.

مع احتمال الصحّة ضعيفاً بناءً على أنّ المُحرّم إنّما هو الجمع بين الأُختين و بين خمس فى النكاح، و إنّما الحق به نكاح الخامسة و الأُخت فى العدّة الرجعيّة، إلحاقاً بالنكاح، و هو خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا فيما دلّ عليه الدليل، و هو ما إذا كانت له الرجعة بنفس الطلاق، لا إذا تجدّد له ذلك بعده.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٠۶ ب ٢ من أبواب العدد ح ۴.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٩٨ ب ٧ من أبواب الخلع و المُباراة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۶٢

و الأقرب ذلك فى النفقة مع العلم برجوعها خاصّة، استصحاباً لعدم الوجوب، لاستصحاب عدم التمكين.

و يحتمل العدم مطلقاً، بناءً على أنّها لا يجب إلّا للزوجة و من فى حكمها من الرجعيّة بنفس الطلاق، للأصل فيمن تجدّد لها الرجعيّة.

و يحتمل الوجوب مطلقاً، لصدق المطلّقة الرجعيّة عليها حينئذٍ و تحقّق التمكين منها.

[القسم الخامس]

الخامس: المباراة ما لم ترجع فى البذل، فإن رجعت فيه فى العدّة انقلب الطلاق رجعيّاً و هى كالمختلعة فى جميع ما ذكر.

[القسم السادس]

السادس: المطلّقة ثلاثاً بينها رجعتان أىّ طلاق كان على المختار كما عرفت.

و الثانى «١» ما للزوج فيه رجعة، سواء راجع أو لا، و هو كلّ ما عدا الأقسام الستّة المتقدّمة، بالإجماع و النصّ من الكتاب «٢» و السنّة «٣» اعتدّت بالأقراء أو الشهور أو الوضع.

و لمّا فرغ من أقسام الطلاق عقّبها بمسائل من أحكامه، و أيضاً لمّا كان من الأحكام حرمة المطلّقة ثلاثاً بينها رجعتان، و كان يتوهّم كون الرجعتين فى العدّة لا بعقد جديد، أزاله بقوله:

و كلّ امرأة استكملت الطلاق ثلاثاً بينها رجعتان حرمت حتّى تنكح زوجاً غير المطلّق و يدخل بها إلى غير ذلك ممّا سيأتى سواء كانت مدخولًا بها أو لا، و سواء كانت الرجعة بعقد مستأنف أو لا إلّا على الخلاف المتقدّم.

و لو شكّ فى إيقاع الطلاق لم يلزمه إيقاعه و لم يستحبّ للأصل، خلافاً للشافعى «۴» و كان النكاح باقياً للأصل.

---

(۱) أى الطلاق الرجعىّ.

(۲) البقرة: ۲۲۸ ۲۲۹.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۰ ب ۲۳ من أبواب أقسام الطلاق.

(۴) الأُمّ: ج ۵ ص ۲۶۲.

و لو علمه و شكّ فى عدده لزمه اليقين و هو الأقلّ للأصل، خلافاً لمالك و أبى يوسف «۱» لتوهّم اجتماع الحظر و الإباحة، فيغلب الحظر، كما إذا اختلطت الأجنبيّة بالأُخت، و موضع النجاسة بغيره. و ضعفه ظاهر.

و لو طلّق الغائب رجعيّاً، كما نصّ عليه فى السرائر «۲» و المختلف «۳» لم يكن له التزويج بالرابعة و لا بالأُخت إلّا بعد مضىّ سنة وفاقاً للجامع «۴» لاحتمال الحمل فوجب التربّص فى المدّة، إمّا لكونها أقصى الحمل كما فى الجامع، أو لما مرّ فى النكاح من خبرى محمّد بن حكيم «۵» و عبد الرحمن بن الحجّاج «۶» الناصّين على أنّ الحمل تسعة أشهر: و التربّص ثلاثة أشهر للاسترابة، و يمكن حمل كلام الجامع عليه كما مرّ.

و فى النهاية «۷» و السرائر «۸» و التحرير «۹» اشتراط مضىّ تسعة أشهر اقتصاراً على الأقصى، و كذا فى الشرائع «۱۰» مع اختياره كون الأقصى عشرة كما اختاره المصنّف.

و يدلّ عليه حسن حمّاد بن عثمان قال للصادق (عليه السّلام): ما تقول فى رجل له أربع نسوة طلّق واحدة منهنّ و هو غائب عنهنّ متى يجوز له أن يتزوّج؟ قال: بعد تسعة أشهر و فيها أجلان: فساد الحيض و فساد الحمل «۱۱».

و احتيط به فى النافع «۱۲» و اقتصر الشيخ «۱۳» على حكم الخامسة اقتصاراً على مضمون الخبر، و نصّ ابن إدريس (۱۴) على عدم اشتراط نكاح الأُخت

---

(۱) المجموع: ج ۱۷ ص ۲۴۸.

(۲) و ۱۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۹۲.

(۳) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۶۴.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۶۹.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ من أبواب العدد ح ۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۲ ب ۲۵ من أبواب العدد ح ۱.

(۷) النهاية: ج ۲ ص ۴۶۶.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۶۹۲.

(۹) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۵ س ۱۰.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۲۵.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۹ ب ۴۷ من أبواب العدد ح ۱.

(۱۲) المختصر النافع: ص ۱۹۹.

(۱۳) النهایة: ج ۲ ص ۴۴۶.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۶۴

بالتربّص إلّا مدّة یعلم فیها ما اعتادته من الحیض، لکون الحمل علی الخامسة قیاساً، و خطّأه فی المختلف «۱» للاشتراک فی التحریم إلی حصول العلم بخروج المطلّقة من العدّة.

و المحصّل: أنّ المعتمد فی المسألة إنّما هو استصحاب التحریم إلی العلم بالحلّ دون الخبر، و هو ظاهر الاشتراک.

و قوله: «لاحتمال الحمل» یحتمل التعلیل، و التوقیت لنفی التزویج إلّا بعد مضیّ المدّة، أو للمضیّ، أی مضیّها من وقت احتمال الحمل، فیکون صریحاً فیما یشیر إلیه علی الاحتمالین الأوّلین من احتساب المدّة من حین الوطء لا الطلاق.

و لو علم الخلوّ عن الحمل کفاه التربّص إلی انقضاء العدّة کما نصّ علیه فی الشرائع «۲» لعموم ما دلّ علی الجواز إذا انقضت عدّة المطلّقة «۳» و انتفاء احتمال الجمع بین أُختین أو خمس، فلا بدّ من حمل الخبر علی احتمال الحمل.

و لو حضر الغائب و دخل ثمّ ادّعی الطلاق فی الغیبة لم تقبل دعواه و لا بیّنته لتکذیبها بفعله و إن أُخذ بما علیه بإقراره.

فلو أولد الحق به الولد و یعضده خبر سلیمان بن خالد سأل الصادق (علیه السّلام) عن رجل طلّق امرأته و هو غائب و أشهد علی طلاقها ثمّ قدم و أقام مع المرأة أشهراً لم یُعلمها بطلاقها، ثمّ إنّ المرأة ادّعت الحبل فقال الرجل: قد طلّقتک و أشهدت علی طلاقک، قال: یلزم الولد، و لا یقبل قوله «۴».

و الظاهر: أنّه إن قامت البیّنة حِسْبةً من غیر أن یُقیمها هو، قبلت، و فرّق بینهما إن کان بائناً، و إلّا عدّ ذلک منه رجعة.

---

(۱) مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۳۶۴ ۳۶۵.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۲۵.

(۳) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۲۶ ب ۱۵ من أبواب العدد.

(۴) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۷۴ ب ۱۵ من أبواب أقسام الطلاق ح ۴.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۶۵

المقصد الثالث فی لواحق الطلاق و یتم علی ثلاثة فصول

اشارة

المقصد الثالث فی لواحقه و فیه فصول ثلاثة:

[الفصل الأول فی طلاق المریض]

الأوّل فی طلاق المریض و هو واقع بلا خلاف کما فی المبسوط «۱» و مکروه فی المشهور لنحو صحیح زرارة عن أحدهما (علیهما السّلام): لیس للمریض أن یطلّق و له أن یتزوّج «۲» مع الأصل و العمومات.

و نحو صحیح الحلبیّ عن الصادق (علیه السّلام) أنّه سئل عن رجل یحضره الموت فیطلّق امرأته هل یجوز طلاقها؟ قال: نعم، و إن مات ورثته، و إن ماتت لم یرثها «۳».

و فى التهذيب: أنّه لا يجوز «۴». و فى الاستبصار: أنّه لا يجوز طلاق يقطع الموارثة بينهما «۵».

و يتوارثان إذا مات أحدهما فى العدّة الرجعيّة بلا خلاف كما فى المبسوط «۶» و غيره. و لبقاء علقة الزوجيّة، و للأخبار «۷» و ما سيأتى من الأخبار

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۶۸.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۳ ب ۲۱ من أبواب أقسام الطلاق ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۵ ب ۲۲ من أبواب أقسام الطلاق ح ۲.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۷۶ ذيل حديث ۲۵۷.

(۵) الاستبصار: ج ۳ ص ۳۰۴ ذيل حديث ۱۰۸۱.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۶۸.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۴ ب ۲۲ من أبواب أقسام الطلاق.

العامّة. و خبر زرارة سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل يطلّق امرأته: قال: ترثه و يرثها ما دامت له عليها رجعة «۱». و ما سمعته من صحيح الحلبىّ يحمل على البائن مع ما سيأتى من الشروط.

و ربّما أمكن القول بالفرق بينهما مع قصد الإضرار و إن كان الطلاق رجعيّاً، و يمكن الحمل على أنّ الأفضل أن لا يرثها.

و ترثه فى البائن إن مات فى مرضه و لو انقضت العدّة إلى سنة إجماعاً كما فى السرائر «۲» و ظاهر المبسوط «۳» و نكت النهاية «۴» لنحو حسن الفضل ابن عبد الملك عن الصادق (عليه السّلام) قال: إذا طلّق الرجل فى مرضه ورثته ما دام فى مرضه ذلك و إن انقضت عدّتها إلّا أن يصحّ فيه، قال: قلت: فإن طال به المرض، قال: ما بينه و بين سنة «۵». و خبر أبان عنه (عليه السّلام) فى رجل طلّق تطليقتين فى صحّة، ثمّ طلّق التطليقة الثالثة و هو مريض: أنّها ترثه ما دام فى مرضه و إن كان إلى سنة «۶».

ما لم تتزوّج اتّفاقاً، كما يظهر لنحو مرسل عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق (عليه السّلام) فى رجل طلّق امرأته و هو مريض، قال: إن مات فى مرضه و لم تتزوّج ورثته و إن كانت قد تزوّجت فقد رضيت بالذى قد صنع، لا ميراث لها «۷».

و خبر أبى عبيدة الحذّاء و مالك بن عطيّة عن محمّد بن علىّ (عليهما السّلام) قال: فى رجل طلّق امرأته و هو مريض قال: إذا مات فى مرضه و لم تتزوّج ورثته و إن كانت تزوّجت فقد رضيت بالذى صنع لا ميراث لها «۸».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۷ ص ۵۳۱ ب ۱۳ من أبواب ميراث الأزواج ح ۴.

(۲) السرائر: ج ۲ ص ۶۷۴.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۶۸.

(۴) راجع النكت بهامش النهاية: ج ۲ ص ۴۲۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۴ ب ۲۲ من أبواب أقسام الطلاق ح ۱. و فيه: إلّا أن يصحّ منه.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۵ ب ۲۲ من أبواب أقسام الطلاق ح ۳.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۶ ب ۲۲ من أبواب أقسام الطلاق ح ۶.

(۸) كذا فى نسخ: ط، ق، ن. و هذا عين مرسلة عبد الرحمن بن الحجّاج المتقدّمة هذا من سهو القلم. و أمّا متن خبر أبى عبيدة،

و مالك بن عطيّـة فكما يلى: «إذا طلّق الرجل امرأته ف تطليقة فى مرضه ثمّ مكث فى مرضه حتّى انقضت عدّتها فإنّها ترثه ما لم تتزوّج، فإن كانت تزوّجت بعد انقضاء العدّة فإنّها لا ترثه» وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۶ ب ۲۲ من أبواب أقسام الطلاق ح ۵.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۶۷

فصحيح الفضل سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته و هو مريض، فقال: ترثه فى مرضه ما بينه و بين سنة إن مات فى مرضه ذلك، و تعتدّ من يوم طلّقها عدّة المطلّقة ثمّ تزوّجت إذا انقضت عدّتها، و ترثه ما بينها و بين سنة إن مات فى مرضه ذلك، فإن مات بعد ما تمضى سنة فليس لها ميراث «۱» محمول على التكرار.

و إن ماتت المرأة لم يرثها و إن لم تنقض العدّة بلا خلاف كما فى الخلاف «۲» و المبسوط «۳» لانتفاء الزوجيّة، و إنّما ثبت لها الإرث على خلاف الأصل بالنصّ، و لما تقدّم من صحيح الحلبىّ «۴».

و فى النهاية «۵» و الوسيلة «۶» القطع بتوارثهما فى العدّة و إن كانت بائنة. و المحقّق فى النكت «۷» نفى الريب عن اختلاله، و أنّه لا بدّ من التنزيل على الرجعيّة مع إباء العبارة عنه كلّ الإباء.

و مع ذلك ففى الميراث من النهاية: إنّهما يتوارثان فى العدّة الرجعيّة، و لا توارث بينهما على حال إن كان الطلاق بائناً «۸». و كذا فى المهذّب «۹» و ظاهره نفى الإرث عنها أيضاً.

و فى الاستبصار: أنّها إنّما ترثه بعد العدّة إذا طلّقها للإضرار بها «۱۰» لخبر زرعة عن سماعة سأله عن رجل طلّق امرأته و هو مريض، قال: ترثه ما دامت فى عدّتها،

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۷ ب ۲۲ من أبواب أقسام الطلاق ح ۱۱.

(۲) الخلاف: ج ۴ ص ۴۸۴ مسألة ۵۴.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۶۸.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۵ ب ۲۲ من أبواب أقسام الطلاق ح ۲.

(۵) النهاية: ج ۲ ص ۴۲۴.

(۶) الوسيلة: ص ۳۲۴.

(۷) نكت النهاية: ج ۲ ص ۴۲۴.

(۸) النهاية: ج ۳ ص ۲۰۸.

(۹) المهذّب: ج ۲ ص ۱۴۰.

(۱۰) الاستبصار: ج ۳ ص ۳۰۶ ذيل حديث ۱۰۸۹.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۶۸

و إن طلّقها فى حال إضرار فهى ترثه إلى سنة، فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه «۱».

و خبر محمّد بن القاسم الهاشمىّ سمع الصادق (عليه السّلام) يقول: لا ترث المختلعة و المباراة و المستأمرة فى طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان ذلك منهنّ فى مرض الزوج و إن مات لأنّ العصمة قد انقطعت منهنّ و منه «۲».

و لأنّ إرثها خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا فى موضع اليقين. و هو خيرة المختلف «۳».

و نصّ فى الخلاف «۴» و المبسوط «۵» على العموم، و هو اختيار ابن إدريس «۶».

و فى إرث الزوجة الأمة و الكافرة الكتابيّة إشكال إذا طلّقت فى المرض ثمّ أُعتقت أو أسلمت قبل تمام السنة و التزوّج بغيره، من

عموم الأخبار، و من انتفاء التهمة، فإنّهما مع بقاء نكاحهما لا ترثان، و أنّ النكاح لا يورّثهما فكيف الطلاق؟ و هو خيرة المبسوط «٧».

و فيه أنّ النكاح مورّث، لكن الرقّ أو الكفر مانع، أو الحريّة و الإسلام شرط، فإذا تحقّق الشرط أو انتفى المانع تحقّق الإرث، و سببه النكاح لا الطلاق، و لا يقدح فى سببيّة النكاح البينونة و الخروج من العدّة. لبقاء سببيّته هنا إلى سنة و إن بانت.

و لا ميراث لها مع اللعان للأصل و انتفاء التهمة بالأيمان و لا مع الفسخ للردّة منها أو منه لذلك أو تجدّد التحريم المؤبّد المستند إليها برضاع أو غيره لذلك أيضاً.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٥ ب ٢٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ۴.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴٩۶ ب ۵ من أبواب الخلع و المباراة ح ۴.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٣٨.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۴٨۶ ۴٨٧ مسألة ۵۵.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ۶٩.

(۶) السرائر: ج ٢ ص ۶٧۵.

(٧) المبسوط: ج ۵ ص ٧٠.

و فى تجدّد التحريم المؤبّد المستند إليه كاللواط إن قلنا به نظر من الأصل. و من التهمة، و المعتمد الأوّل. أو المراد: أنّه إذا طلّقها ثمّ لاعنها أو حصل الارتداد الفاسخ منه أو منها، أو تجدّد التحريم المؤبّد منها فلا ميراث لها، لأنّها تمنع الإرث و هى فى النكاح، فأولى بالمنع و هى مطلّقة و إن كانت فى العدّة الرجعيّة، إلّا أن تعود إلى الإسلام فيها فترث فى وجه كما فى التحرير «١».

و إذا طلّقها ثمّ لاط لواطاً أوجب تحريمها عليه مؤبّداً أشكل، من عموم الأخبار المورّثة لها، و أنّه لا يوجب التحريم، و لا يستعقب الفسخ إذا كانت فى النكاح، فلا يمنعها الإرث ليقال بالأولويّة و هى مطلّقة. و من أنّ الإرث أثر النكاح، و هم يمنع النكاح، فيمنع آثاره.

و فيه أنّ الإرث من آثار النكاح المتقدّم، و هو إنّما يمنع من النكاح ثانياً.

و فى العيب إشكال إن كان الفسخ من طرفه لعيبها. من الأصل. و من كونه بمعنى الطلاق فى الكون فرقة من قبله، و إن كانت هى الباعثة له عليها.

و لو أسلم و أسلمن فاختار أربعة لم ترثه البواقى و إن كنّ فى العدّة، للأصل من غير معارض، مع أنّ الفرقة حاصلة بالإسلام لمن عدا الأربع من غير اختيار له فيها، و إنّما اختياره فى التعيين، مع أنّه ممّا لا بدّ له منه.

و لو أقرّ مريضاً بالطلاق ثلاثاً أو نحوها ممّا ينفى عنها الإرث فى الصحّة قُبل فى حقّه، فإن ماتت لم يرثها، و نحو ذلك ممّا يترتّب عليه، لأخذ العقلاء بإقرارهم و لم يقبل بالنسبة إليها فلا تحرم من الميراث إن مات، إلّا أن يثبت صدقه بإقرارها أو البيّنة وفاقاً للمحقّق «٢» لأنّه إقرار فى حقّ الغير.

و قيل: يقبل «٣» فلا تورّث، بناءً على أنّ إقرار المريض بما له أن يفعله مقبول و إن كان على الوارث و ينزّله منزلة فعله فى الصحّة.

و فيه: أنّه إنّما يقبل إقراره بما يحرمه الوارث لغيره، و هنا لم يقرّ بما يحرمه

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۵ س ۲۳.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۲۷.

(۳) القائل: الصيمرى فى غاية المرام: ص ۱۳۲ (مخطوط).

الزوجة لأحد، فإنّما هو بالنسبة إليها مدّعى و إن استلزمت الدعوى ثبوت حصّتها لسائر الورثة.

و لو ادّعت الطلاق فى المرض لتحوز الميراث و ادّعى الوارث الطلاق فى الصحّة ليحرمها قدّم قوله مع اليمين لأصالة انتفاء المرض حينه. و إن كان المرض معلوماً، و كان الاختلاف فى حصوله حينه أو بعده مع الاتّفاق فى تأريخ الطلاق أو الإبهام، فالأصل أيضاً التأخّر، و الأصل عدم الإرث إلى أن يتحقّق سببه، و هو هنا غير متحقّق.

و لا مجال للقول بأنّ الأصل فى النكاح بقاء أثره و هو الإرث إلى أن يعلم خلافه، فإنّ الطلاق مزيل للنكاح، و الأصل عند زوال الشي‌ء زوال أثره الّذى هو الإرث هنا إلّا بالشرط المنصوص عليه، و هو هنا غير معلوم.

و أمّا الاتّفاق على المرض و تأريخه و الاختلاف فى تأريخ الطلاق، فليس من المسألة ليقال: إنّ الأصل بقاء النكاح و تأخّر الطلاق، مع أنّه معارض بما ذكرناه من الأصل.

و لو ارتدّت المطلّقة فى المرض ثمّ مات فى السنة بعد عودها إلى الإسلام أو ارتدّ هو بعد طلاقها فى المرض، عاد إلى الإسلام أو لا، فالأقرب الإرث لعموم نصوصه. مع أنّ ارتدادها لا يمنع من إرثها إذا عادت و هى فى النكاح، فكذا فيما هو فى حكمه من السنة بعد الطلاق، و ارتداده لا يمنع من إرثها و هى فى النكاح. أمّا عن الفطرة فلأنّه بمنزلة موته فترثه الزوجة. و أمّا عن الملّة فلأنّه إن عاد فى العدّة لم ينفسخ النكاح و لم يمنع شيئاً من آثاره من الإرث و نحوه، فهو بمجرّده ليس ممّا يمنع من الإرث، و إنّما ينتفى الإرث إذا استمرّ حتّى انقضت العدّة، و السنة هنا بمنزلة العدّة، و يحتمل العدم.

أمّا إذا ارتدّت فلأنّ الكفر مانع من الإرث مطلقاً، و لا يزول منعه بزواله بعد موت المورّث للاستصحاب. و لأنّه لا يعود الإرث إلّا إذا عادت الزوجيّة، و لا عود هنا. و كذا إن عادت فى حياة الزوج إذا طلّقت بائناً، أو انقضت العدّة الرجعيّة،

فإنّ الإرث إنّما يعود إذا عادت الزوجيّة أو حكمها، إن لم نقل إنّها إنّما ترث إذا عادت الزوجيّة، و ذلك إذا لم تكن طلّقت و لا رجعيّة، مع أنّ الظاهر تنزيل الأخبار على من بانت بالطلاق حسب، و هذه بانت به و بالردّة جميعاً، مع أنّ إرثها خلاف الأصل فيقتصر على المتيقّن. و فيه أنّ البينونة إذا حصلت بالطلاق فلا تزداد بالردّة.

و أمّا إذا ارتدّ، فلأنّ الإرث خلاف الأصل، فيقتصر على من بانت بالطلاق حسب، و أمّا من بانت به و بالارتداد، فإنّما ترث إذا ارتدّ فطريّاً و هى فى العدّة الرجعيّة، أو مليّاً ثمّ عاد ثمّ مات و هى فى العدّة الرجعيّة. و فيه ما عرفت.

[الفصل الثانى فى الرجعة]

اشارة

الفصل الثانى فى الرجعة و تصحّ لفظاً اتّفاقاً منّا و من غيرنا مثل: راجعتك و رجعتك و ارتجعتك، و إن أضاف إليها قوله: «إلى

النكاح» كان أصرح، إلى غير ذلک من كلّ لفظ يصلح لإرادتها منه مع القصد، لأصل عدم الانحصار من غير معارض، و سيأتى الكلام فى بعض منها.
و مثل إنكار الطلاق على ما قطع به الأصحاب، و نصّ عليه صحيح أبى ولّاد، سأل الصادق (عليه السّلام) عن امرأة ادّعت على زوجها أنّه طلّقها تطليقة طلاق العدّة طلاقاً صحيحاً يعنى على طهر من غير جماع و أشهد لها شهوداً على ذلک، ثمّ أنكر الزوج بعد ذلک، فقال: إن كان أنكر الطلاق قبل انقضاء العدّة، فإنّ إنكار الطلاق رجعة لها، و إن كان إنكار الطلاق بعد انقضاء العدّة، فإنّ على الإمام أن يفرّق بينهما بعد شهادة الشهود، بعد ما يستحلف أنّ إنكاره للطلاق بعد انقضاء العدّة «١».
و لأنّ الرجعة ليست إلّا التمسّک بالزوجيّة و هو متضمّن له.
و الحكم إن أجمع عليه فلا كلام، و إلّا أشكل، لخروج الرجعة عن المنطوق و إن جاز التجوّز به عنها، و ربّما كان نسيه، و لا تحصل الشهادة به. فإن عقّب الإنكار بالطلاق، أشكل الحكم بكونه ثانياً أو ثالثاً.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٧٢ ب ١۴ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

و فعلًا اتّفاقاً منّا كما فى الخلاف «١» و الغنية «٢» و غيرهما كالوطء و التقبيل و اللمس بشهوة فإنّ الفعل أقوى من القول، و لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر محمّد بن القاسم: من غشى امرأته بعد انقضاء العدّة جلّد الحدّ، و إن غشيها قبل انقضاء العدّة كان غشيانه إيّاها رجعة لها «٣».
و الأخرس يراجع بالفعل و بالإشارة الدالّة عليها و منها ما قيل فى المقنع «۴» و الجامع «۵» و الوسيلة «۶» و نسب إلى الرواية فى النهاية «٧»: من أنّه بأخذ القناع من رأسها و يؤيّده ما مرّ من الخبر الناصّ بأنّ طلاقه وضع المقنعة على رأسها و التنحّى عنها «٨».
و يشترط فى كون كلّ من الوطء و التقبيل و اللمس رجعة صدوره عن قصد إليه و إليها فلو انتفى الأوّل بأن وطئ نائماً أو ساهياً أو الثانى بأن ظنّ أنّها غير المطلّقة لم تحصل الرجعة إذ لا عبرة بفعل الغافل كالألفاظ الصادرة عن الساهى و الهازل، و إنّما الأعمال بالنيّات، و إنّما لكلّ امرئ ما نوى. و فى التحرير: أنّه لا حاجة إلى نيّة الرجعة «٩». فكلّ منها رجعة إذا تحقّق القصدان و إن كان ذاهلًا عن الرجعة، لا أن نوى خلافها، مع احتماله لإطلاق النصّ و الفتوى.
و لا بدّ فى المشهور من التجريد عن الشرط، فلو قال: راجعتکِ إن شئتِ لم يصحّ، و إن قالت: شئتُ و كذا لو قال: راجعتک إذا جاء رأس الشهر؛ لما عرفت من أنّ التعليق ينافى الإيقاع، و تردّد فيه المحقّق «١٠» من ذلک، و من أنّه

---

(١) الخلاف: ج ۴ ص ۵٠۶ مسألة ١٢.
(٢) غنية النزوع: ص ٣٧٣.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ۴٠٠ ب ٢٩ من أبواب حدّ الزنا ح ١.
(۴) المقنع: ص ٣۵٣.
(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۶٨.
(۶) الوسيلة: ص ٣٣٠.
(٧) النهاية: ج ٢ ص ۴٣٣.
(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٠٠ ب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٢ و ۵.

(۹) تحریر الأحکام: ج ۲ ص ۵۵ س ۳۱.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۳۰.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۷۳

لا یشترط فی الرجعهٔ إلّا التمسّک بالزوجیّهٔ، و لذا یتحقّق بالأفعال الدالّهٔ علیه، فلا یشترط فیه الإیقاع و الإنشاء.

و یستحبّ الإشهاد علیها للأخبار «۱» و الاعتبار و لیس شرطاً عندنا، للأصل و الأخبار لکن لو ادّعی بعد العدّهٔ وقوعها أی الرجعهٔ فیها أی العدّهٔ لم تقبل دعواه إلّا بالبیّنهٔ للأصل، فهو من فوائد الإشهاد.

و لو راجع بعد الطلاق فأنکرت الدخول لئلّا یکون له الرجعهٔ قدّم قولها مع الیمین للأصل، إلّا مع الخلوهٔ التامّهٔ، فقد عرفت القول بأنّ الظاهر معها یعارض الأصل، فیلزم کلّ بما أقرّ علی نفسه، فلا نفقهٔ لها و لا سکنی، و علیه تمام المسمّی [و لا تأخذه إلّا النصف] «۲» و لا ینکح أُختها و لا الخامسهٔ إلّا إذا طلّقها ثانیاً.

و لو ادّعت انقضاء العدّهٔ بالحیض مع الاحتمال و أنکر مع اتّفاقهما علی تأریخ الطلاق أو سکوتهما صدّقت مع الیمین للأخبار «۳» و الاعتبار، إلّا أن تشهد القرائن بکذبها فیحتمل العدم، کما فی خبر السکونی عن الصادق (علیه السّلام) فی امرأهٔ ادّعت أنّها حاضت ثلاث حیض فی شهر واحد، قال: کلّفوا نسوهٔ من بطانتها أنّ حیضها کان فیما مضی علی ما ادّعت، فإن شهدن صُدّقت، و إلّا فهی کاذبهٔ «۴». و یمکن تعمیم الاحتمال له.

و لو ادّعته «۵» بالأشهر، فإن اتّفقا علی وقت الإیقاع للطلاق رجع إلی الحساب و انقطع النزاع فإن اختلفا فیه بأن تقول: طلّقتَ فی رمضان، و یدّعی هو الطلاق فی شوّال، قدّم قول الزوج مع الیمین للأصل.

---

(۱) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۵ ص ۳۷۱ ب ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق.

(۲) ما بین المعقوفتین زیادهٔ فی ط.

(۳) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۵ ص ۴۴۱ ب ۲۴ من أبواب العدد.

(۴) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۸ ص ۲۶۶ ب ۲۴ من أبواب الشهادات ح ۳۷.

(۵) فی قواعد الأحکام بدل «ادّعته»: ادّعت.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۷۴

و لو ادّعی الزوج الانقضاء لعدّهٔ طلاق یتّفقان علیه، أرّخه أم لا قدّم قولها مع الیمین سواء ادّعی الانقضاء بالحیض أو الشهور، استصحاباً للنکاح و أثره و إن کان الطلاق من فعله.

و لو کانت حاملًا فادّعت الوضع صدّقت و لم تکلّف البیّنهٔ و لا إحضار الولد لعموم ما دلّ علی تصدیقهنّ فی العدّهٔ «۱» و لجواز وضعه بحیث لم یطّلع علیه غیرها ثمّ موته أو أخذه سرقهٔ حتّی لو ادّعت الانقضاء بوضعه میّتاً أو حیّاً ناقصاً أو کاملًا صدّقت مع الیمین خلافاً للعامّهٔ، فمنهم: من کلّفها البیّنهٔ إن ادّعت وضع الکامل «۲» لأنّها مدّعیهٔ، و الغالب حضور القوابل. و منهم: من کلّفها فی المیّت و السقط أیضاً، لأنّ ما نالها من العسر یمکنها من الإشهاد.

و لو ادّعت الحمل فأنکر فأحضرت ولداً تدّعی أنّها ولدته فأنکر ولادتها له قدّم قوله فی کلّ من إنکار الحمل و الولادهٔ، للأصل، و الأخبار إنّما دلّت علی ائتمانهنّ فی انقضاء العدّهٔ «۳» إذا کانت حقیقهٔ العدّهٔ معلومهٔ أنّها بالوضع أو الأشهر، أو الأقراء، دون ما إذا تداعیا فی حقیقتها، و لمّا أحضرت الولد لم یکتف بقولها فی ولادتها له لإمکان البیّنهٔ هنا لوجود الولد، و هو و إن جری فیما تقدّم، إلّا أنّا اکتفینا بقولها فیه للنصّ و الإجماع.

و لو ادّعت الانقضـاء فادّعى الرجعـة قبله قـدّم قولها مع اليمين [على نفى العلم إلّا أن يكون نزاعهما فى رجعـة اتّفقا] «۴» للأصل، أرّخا ما ادّعياه أم لا، من غير فرق بين ابتـداء الدعوى من أيّهما كان، لكن على البتّ إن ادّعى الرجعة فعلًا، أو سـبق رجعة يتّفقان عليها، و إلّا فعلى عدم العلم و يكفيها، لزوال النكاح بالطلاق، و لا يعود عليها إلّا ببيّنة «۵».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۱ ب ۲۴ من أبواب العدد.

(۲) شرح فتح القدير: ج ۴ ص ۲۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۱ ب ۲۴ من أبواب العدد.

(۴) لم يرد فى ق، ن.

(۵) العبـارة من قوله: «لكن» إلى هنا وردت فى ق كما يلى: لكن مع التأريـخ يحلف على البتّ و بـدونه على نفى العلم. و وردت فى ى هكـذا: لكن مع عدم التأريخ يحلف على نفى العلم و معه قد يحلف على البتّ، كما إذا اتّفقا على رجعة فادّعى أنّها وقعت يوم الخميس، و قالت: بل يوم الجمعة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۷۵

و لو اتّفقا على أنّه راجع فادّعت بعد الرجعة و تصديقها له فيها الانقضاء قبلها و أنكره مع إهمالهما التاريخ أو اعتدادها بالأشهر أو الوضع قدّم قوله مع اليمين على البتّ إن اعتدّت بالوضع أو الأشـهر أو ادّعت ما لا يمكن من الحيض، و إلّا فعلى عدم العلم، و قد تحلف كـذلك إن ادّعت الوضع الممكن حيث لم يعلم على نفى العلم إلّا أن تـدّعى الانقضـاء الغير الممكن فيحلف على البتّ لأصالـة صـحّة الرجعـة و هى تدّعى فسادها و الرجوع إليها فى العدّة إنّما هو إذا لم يعارض دعواها ما يدفعها، كما إذا استفسـرها ليراجعها إن كانت فى العدّة.

فلو أوقع الرجعة فقالت حينئذٍ: «قد انقضت عدّتى» فالظاهر قبول قولها؛ لما عرفت من الرجوع إليها فى ذلك، و أصالة الصحّة إنّما تـدفع قولهـا إذا ادّعى هو الصحّة، و لا يمكنه ادّعاؤها حينئـذٍ، فإنّه لا يعلم الصـحّة إلّا إذا علم البقاء فى العـدّة، و لا طريق له إلى علمه إلّا من قبلها.

و كذا مع تأريخهما للرجوع إليها فى العدّة و وقتها، و توقّف العلم بالصحّة على العلم بحال العدّة [أن تعتدّ بالوضع أو الأشهر] «۱» فلذا حملنا العبارة على ما سمعته، و قوله: «قدّم قوله» قرينة عليه [و مع ذلك فيمين الزوج على عدم العلم لا يكفى] «۲».

و فى المبسوط: أنّها إن سبقت بالدعوى فادّعت انقضاء العدّة، ثمّ ادّعى الرجعة قبل الانقضاء فالقول قولها مع يمينها، لأنّها مؤتمنة على فرجها و انقضاء عـدّتها، و حكم بوقوع البينونـة بقولها، فلا يقبل قول الزوج، و وجب عليها اليمين لجواز كذبها، فتحلف أنّها لا تعلم بالرجعة قبل الانقضاء.

و إن انعكس الأمر كان القول قوله مع يمينه، لأنّها ما لم يظهر انقضاء العـدّة، فالظاهر أنّها فى العـدّة و يحكم بصـحّة الرجعة، فإذا ادّعت الانقضاء قبل الرجعة لم يقبل منها، لأنّه أمر خفىّ تريد به رفع الرجعة التى حكم بصحّتها ظاهراً، و وجب

---

(۱) ما بين المعقوفتين لم يرد فى ن، ق.

(۲) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «ق، ى».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۷۶

عليه الحلف لجواز كذبه و صدقها، فيحلف أنّه لا يعلم أنّ عدّتها انقضت قبل الرجعة.

و إن اتّفقت الـدعويان أو جهل السابقـة، فمنهم: من أقرع بينهما، فمن خرجت عليه فالقول قوله مع اليمين، و هو الأقوى عنـدنا. و منهم: من قال: القول قولها مع يمينها لإمكان صدق كلّ منهما، و الأصل أن لا رجعة «١».

و يمكن تنزيـل عبـارة الكتاب فى المسألتين على موافقته، بأن يكون الفاء فيهما للتعقيب، أى لو ادّعت الانقضاء، ثمّ ادّعى الرجعة قدّم قولها، و إن انعكس قدّم قوله. لكنّ الأقوى عدم الافتراق بين الاقتران و ترتّب أيّتهما فرضت على الأُخرى.

[ثمّ كيف يكفى الزوجَ اليمينُ على عدم العلم بانقضاء العدّة قبل الرجعة، و هو اعتراف بعدم العلم بصحّة الرجعة؟] «٢».

و لو كانت المطلّقـة أمـة و كـذّبها مولاها فى تصـديق زوجها على وقوع الرجعـة فى العدّة أى فيما صدّقته عليه من وقوعها فيها و ادّعى خروجها قبل الرجعة لم يقبل منه إلّا مع البيّنة إذ لا يرجع فى العدّة إلّا إليهنّ و لا يمين له على الزوج لتعلّق النكاح بالزوجين فلاـ التفـات إلى غيرهمـا، و الرجعـة من توابعه، بـل هو اسـتدامة له و هى بيـد الزوج على إشـكال من ذلـك، و من زوال النكـاح بالطلاق و النزاع فى إعادته و فى ملك البضع.

و لو ارتدّت بعد الطلاق كتابيّة ففى المنع من الرجعة إشكال ينشأ: من كون الرجعيّة زوجة كما يفهم من الأخبار «٣» و الأحكام و الفتاوى، و لأنّها لو لم تكن زوجة كانت الرجعة تجديد نكاح، و لو كان كذلك لافتقر إلى إذنها، فليست إلّا استدامة للزوجيّة.

و من عـدم صـحّة الابتـداء بنكاحها فكـذا الرجعـة فإنّها فى الحقيقـة ابتداء نكاح، فإنّ الطلاق زوال له، و الزائل لا يعود، و إطلاق الزوجة عليها تجوّز

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ١٠٧.

(٢) ما بين المعقوفتين ليس فى ق.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٧٢ ب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۶.

لثبوت أحكامها لها، و هو لا يفيد الزوجيّة، و هو خيرة المبسوط «١».

فإن رجعت إلى الإسـلام رجع ما دامت فى العدّة إن شاء، و كذا الإشـكال لو طلّق الذمّيّة المنكوحة، و هما ذمّيّان فأسلم و استدام نكاحها، و حرّمنا ابتداء نكاحها من مثل ذلك.

و الأقرب فى المسألتين جواز الرجوع لرجحان بقاء الزوجيّة، و منع أنّ الطلاق زوال لها، و إنّما هو تعريض لها للزوال.

و لو منعنا فيهما الرجعة فرجع افتقر إلى رجعة أُخرى بعد الإسلام فى العدّة، لفساد الاولى، فلا يتوهّم أنّ الكفر مانع من أثرها، فإذا زال أثّرت كما قيل «٢».

و لا يشترط علم الزوجـة فى الرجعـة و لا رضاها بلا خلاف كما فى المبسوط «٣» و إن كان لها أن تتزوّج إذا انقضت العـدّة و لم تعلم بالرجعة و ليس عليها البحث.

فلو لم تعلم و تزوّجت بغيره ثمّ انكشف الحال ردّت إليه و إن دخل الثانى بعد العدّة منه، لأنّ وطأها شـبهة و لا يكون الثانى أحقّ بها دخل بها أو لا، و للعامّة فيه خلاف «۴».

و لو لم يكن للأوّل بيّنـة بالرجعـة و أنكرها الثانى حلف الثانى على عـدم علمه بالرجوع و كانت زوجته و إن صـدّقت الأوّل فإن نكـل حلف الأـوّل و ردّت إليه إن لم تنكرهـا و لو صـدّقه الثانى و المرأة جميعاً ردّت إليه لأخـذهما بإقرارهما، و إن كان عليهما الاحتياط إذا اتّهماه.

و لو صـدّقه الثـانى خاصّـة دون المرأة قبـل إقراره فى حقّه و تحلف هى على نفى العلم و لاـ تردّ إذا حلفت إلى الأوّل و كـذا إن

حلف

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ١٠٩.

(٢) مسالك الأفهام: ج ٩ ص ١٩٠.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ١١١.

(۴) بداية المجتهد: ج ٢ ص ٩٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٧٨

اليمين المردودة من الثانى و حلفت هى على نفى العلم و إن كانت اليمين المردودة كالبيّنة، فإنّها إنّما هى بمنزلتها بالنسبة إلى المتداعيين و انفسخ نكاحها من الثانى بإقراره فيثبت لها نصف المهر الّذى سمّاه لها الثانى إن لم يدخل بها و مع الدخول يثبت لها الجميع.

و المراد بانفساخ النكاح سقوط حقوق الزوجيّة عنها مع تسلّطها على الفسخ أو إجباره على الطلاق أو طلاق الحاكم، و إلّا فلا جهة لانفساخ النكاح بمجرّد دعوى الزوج بطلانه مع ادّعائها الصحّة.

و تنصيف المهر ظاهر على تقدير تطليق الحاكم أو إجباره على الطلاق، و إلّا احتمل، تنزيلًا لفسخها هذا منزلة الطلاق، و الأظهر أن لا شي‌ء لها حينئذٍ كالفسخ للعيب.

و لو ادّعى الرجعة عليها أوّلًا، فإن صدّقته لم يقبل إقرارها على الثانى، و فى الرجوع عليها للأوّل بالمهر لمثلها إشكال ينشأ: من أنّها أقرّت فلا تفويت منها حين الإقرار، و قبله يجوز أن لا تكون عالمة بالرجعة، فلا يكون تزوّجها إلّا عن شبهة فلا تؤاخذ.

و من أنّها فوّتت بالتزوّج و إن كان عن شبهة، و التفويت إن كان مضمّناً للمهر ضمّنه و إن لم يكن مفرّطة، مع أنّها مفرّطة بعدم البحث.

و إن كذّبته حلفت على انتفاء العلم بالرجعة إن قلنا بالغرم لمهر المثل مع التفويت لتدفعه عن نفسها و إلّا نقل بالغرم فلا تحلف، لأنّه لا فائدة له فإن نكلت حلف الزوج و غرمت المهر له، و لا يحكم ببطلان النكاح و إن كانت اليمين للمردودة كالبيّنة لما عرفت.

فإذا زال نكاح الثانى بطلاق أو غيره وجب عليها تسليم نفسها إلى الأوّل كانت مصدّقة له أو لا، و يحلف، لأنّه لا طريق لها إلى العلم بالرجعة إلّا من جهته، و لا يحصل من جهته إلّا بالبيّنة أو الحلف و تستعيد ما غرمته له من المهر لئلّا يجتمع له العوض و المعوّض من غير تجدّد عقد.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٧٩

[و هنا فروع ستة]

اشارة

فروع ستّة:

[الفرع الأول]

الأوّل: لو أقرّ بالرجعة فى العدّة قُبل قوله فيما له و عليه، فى العدّة كان الإقرار أو بعدها لأنّه يملك الرجعة حينئذٍ أى لأنّها حقّه، و لا فعل فيها لغيره، و لا تعلم إلّا من جهته، فإذا ادّعاها قبلت إذا لم يعارضه غيره، و على المرأة أن تقبل منه من غير يمين، و كذا من أراد نكاحها، و هو لا ينافى تقديم قول غيره إذا أنكرها، أو تكليفه باليمين.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو قال: راجعتكِ للمحبّة و الإهانة أى لو قال أحدهما فإن فسّر المراجعة بالرجعة إلى النكاح و اللام بلام العلّة، أو بأنّى كنت أُحبّها أو أُهينها فى النكاح فراجعتها إليه و أردت باللام معنى: «إلى» صحّ الرجوع.

و لو قال: كنت أُحبّها قبل النكاح أو كنت أُهينها قبله فراجعتها إليه لم يصحّ الرجعة لأنّه لم ينو أن يردّها إلى النكاح و لا رجعة إلّا بالنيّة و لا يعلم نيّته إلّا منه، و إن لم ينو بما بعد راجعتك شيئاً، أو مات قبل أن يبيّن حمل على الأوّل، لأنّه الظاهر كما فى المبسوط «١».

[الفرع الثالث]

الثالث: لو قال: «راجعتك» صحّ الرجوع به و إن لم يقل «إلى النكاح» أو «الزوجيّة» أو «إلىّ» أو نحوها و إن كان أصرح، و لذا استحبّه بعض العامّة «٢».

[الفرع الرابع]

الرابع: لو أخبرت بانقضاء العدّة فراجع معتقداً لكذبها ثمّ كذّبت نفسها فى إخبارها صحّت الرجعة بالنسبة إليه لأخذها بإقرارها مع صدور الرجعة عنه مقرونة بالنيّة، فعليها ما على الزوجات لإقرارها. هذا و ليس لها ما لهنّ لإقرارها أوّلًا بانقضاء العدّة الموجب لبطلان الرجعة.

[الفرع الخامس]

الخامس: صريح ألفاظ الرجعة: «راجعت» و «رجعت» و «ارتجعت»

---

(١) المبسوط: ج ٥ ص ١٠٦.

(٢) انظر الحاوى الكبير: ج ١٠ ص ٣١٢.

و الأقرب فى «رددتها إلى النكاح» و «أمسكت» الصحّة مع النيّة للرجوع لكون الرجعة تمسّكاً بالنكاح: و لا حاصر للفظه فى غيرهما، مع قوله تعالى: «وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» «١» و قوله: «فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ» «٢» و لذا قيل بكونهما صريحين كما تقدّم «٣».

و فى الصحّة بلفظ التزويج أو النكاح بأن يقول: «تزوّجتك» أو «نكحتك» مع نيّة الرجعة إشكال ممّا ذكر، و هو خيرة المبسوط «٤» و الخلاف «٥» و هو أقوى، و زيد أنّهما يُثْبتان النكاح ابتداءً، فاستدامة أولى، و ضعفه ظاهر. و من أنّهما لتجديد النكاح بشرط رضاها. و ربّما قيل بكونهما صريحين.

و كذا الإشكال فى أعدتُ الحلّ، و رفعت التحريم ممّا ذكر. و من أنّ المعيد و الرافع هو الشارع، و إنّما هو راجع إلى التمسّك

بالزوجيّة، و أنّ الحلّ باقٍ مع الطلاق الرجعيّ.

[الفرع السادس]

السادس: لو ادّعى الرجعة و كانت الدعوى فى وقت إمكان إنشائها قدّم قوله لكونه فعله مع احتمال تقديم قولها للأصل فحينئذٍ لا يجعل إقراره بالرجعة إنشاءً لها، للتباين، مع احتماله لها إن لم يعقّبه بما ينافيها، كأن يقول: «راجعتك ثمّ طلّقتك» لما عرفت من احتمال عدم اشتراط الإنشاء، و الاكتفاء بما يدلّ على التمسّك بالزوجيّة، و لذا كان إنكار الطلاق رجعة، و حينئذٍ لا نزاع بينهما.

و لو أنكرت الرجعة ثمّ صدّقته «۶» حكم عليها بالرجعة و أُلزمت بلوازمها، لإقرارها و إن كان فى إنكارها أوّلًا إقرار بالتحريم، لأنّها و إن أقرّت على نفسها بالحرمة، لكنّها جحدت بذلك حقّ الزوج ثمّ أقرّت، و لذا يُرجّح جانبه و يحكم بثبوت النكاح.

---

(۱) البقرة: ۲۲۸.

(۲) البقرة: ۲۲۹.

(۳) اللمعة الدمشقيّة: ج ۶ ص ۴۹.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۲.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۵۰۶ مسألة ۱۲.

(۶) فى قواعد الأحكام: صدّقت.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۸۱

و هو بخلاف ما لو أقرّت بتحريم رضاعٍ أو نسبٍ على رجل أجنبيّ، فإنّه لمّا لم يتضمّن إنكاراً لحقّه لم يكن لها الرجوع و الرضا بنكاحه، و إن أقرّت به على زوجها ثمّ بانت منه، لم يكن لها العود إلى نكاحه و إن أُلزمت باستدامة النكاح ما لم تبِن، لتضمّن إقرارها حينئذٍ إنكار حقّه.

و لو زعمت أنّها لم ترضَ بعقد النكاح ثمّ رجعت فالأقوى القبول لحقّ الزوج مع احتمال العدم، لاشتراط صحّة العقد برضاها، و الأصل عدمه، و لا يعرف إلّا من جهتها، فإذا اختلف قولها حصل الاشتباه، و بقيت على أصل الحرمة. و هذا معنى ما يقال: إنّ إنكارها لفعل نفسها بمنزلة الإقرار بفعل، فلا يسمع إقرارها ثانياً، لكونه بمنزلة الإنكار.

و هو متّجه إذا لم يدّع الزوج رضاها أو صحّة العقد بل تحاوراً بينهما، و هو المراد هنا. و أمّا إذا ترافعا إلى الحاكم فادّعى صحّة العقد و زعمت عدم الرضا، فإنّه لا يسمع قولها ذلك و إن لم ترجع لادّعائها فساد العقد، فضلًا عمّا إذا رجعت و أبهم، لظهور أنّ الّذى قوّاه هو قبول الرجوع، و هو فرع على قبول الإنكار قبله.

الفصل الثالث فى النكاح المحلّل و ما يتعلق بالزوج المحلل

اشارة

الفصل الثالث فى النكاح المحلّل أو فيما يتعلّق بالزوج المحلّل

[النظر فى أمور ثلاثة]

اشارة

و النظر فيه فى أُمور ثلاثة:

[النظر فى الأمر الأول: من يقع به التحلّل]

الأوّل: من يقع به أي فيه أو عليه التحلّل «۱» من النساء و هو كلّ امرأة طلّقت ثلاثاً مطلقاً أو على التفصيل كما عرفت إن كانت حرّة، و طلقتين إن كانت أمة بالإجماع و النصوص المستفيضة الناطقة باعتبار ذلك بالزوجة «۲» دون الزوج، كما عند مالك «۳» و الشافعى «۴».

و لمّا شمل ذلك مَن حرمت على الزوج الأوّل بتسع طلقات أخرجها بقوله:

---

(۱) فى قواعد الأحكام: التحليل.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۱ ب ۲۴ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱ و ۲.

(۳) المجموع: ج ۱۷ ص ۷۲.

(۴) بدائع الصنائع: ج ۳ ص ۹۷.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۸۲

ممّن يحلّ على الزوج الرجوع إليها بعد التحليل أي ما يعتبر في التحليل.

فلو تزوّجت مَن طُلّقت تسعاً للعدّة بالمعنى الّذى عرفته لم تحلّ للأوّل كما عرفت.

و إذا طلّقت مرّة أو مرّتين ثمّ تزوّجت ففى الهدم للثلاث روايتان بحسبهما قولان أقربهما ذلك وفاقاً للأكثر.

فلو تزوّجت بعد طلقةٍ أو طلقتين ثمّ رجعت إلى الأوّل بقيت على ثلاثٍ مستأنفاتٍ و بطل حكم السابقة.

و الرواية خبر رفاعة قال للصادق (عليه السّلام): رجل طلّق امرأته تطليقة واحدة فتبين منه، ثمّ يتزوّجها آخر فيطلّقها على السنّة فتبين منه، ثمّ يتزوّجها الأوّل على كم هى عنده؟ قال: على غير شىء. ثمّ قال: يا رفاعة كيف إذا طلّقها ثلاثاً ثمّ تزوّجها ثانية استقبل الطلاق؟ و إذا طلّقها واحدة كانت على اثنتين «۱».

و خبر عبد اللّه بن عقيل بن أبى طالب قال: اختلف رجلان فى قضيّة على (عليه السّلام) و عمر فى امرأة طلّقها زوجها تطليقة أو اثنتين فتزوّجها آخر فطلّقها أو مات عنها، فلمّا انقضى عدّتها تزوّجها الأوّل، فقال عمر: هى على ما بقى من الطلاق، فقال أمير المؤمنين (عليه السّلام): سبحان اللّه أ يهدم ثلاثة و لا يهدم واحدة «۲»؟! و يؤيّدهما الاعتبار كما نبّهنا عليه.

و الرواية الأُخرى أخبار:

منها: صحيح الحلبىّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته تطليقة واحدة ثمّ تركها حتّى مضت عدّتها فتزوّجت زوجاً غيره ثمّ مات الرجل أو طلّقها فراجعها زوجها الأوّل، قال: هى عنده على تطليقتين باقيتين «۳».

و منها: صحيح منصور عنه (عليه السّلام) قال: هى عنده على ما بقى من الطلاق «۴».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۳ ب ۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۴.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۳ ب ۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۴ ب ۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۵ ب ۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۹.

و نحوه خبر زرارة عن الباقر (عليه السّلام) «۱».

و منها: خبر عليّ بن أحمد عن عبد اللّه بن محمّد قال له: روى عن أبى عبد اللّه (عليه السّلام) فى الرجل يطلّق امرأته على الكتاب و السنّة تبين منه بواحدة، و تتزوّج زوجاً غيره فيموت عنها، أو يطلّقها فترجع إلى زوجها الأوّل: أنّها تكون عنده على تطليقتين و واحدة قد مضت «۲».

و حكى العمل بها عن بعض الأصحاب، و الأكثر أوّلوها تارة: بعدم اجتماع شرائط التحليل، و أُخرى: بالتقيّة.

و عندى أنّه لا تعارض، لاحتمال أن يراد بكونها عنده على تطليقتين أنّها تكون زوجته، و يجوز له الرجوع إليها بعد التطليقتين، فيفيد الهدم كالخبرين الأوّلين، و قوله: «واحدة قد مضت» يجوز أن يراد به أنّها انهدمت.

و إذا طُلّقت الحرّة ثلاثاً حرمت على الزوج بالإجماع و النصّ من الكتاب «۳» و السنّة «۴» حتّى تنكح غيره كان المطلّق حُرّاً أو عبداً.

و الأمة تحرم بطلقتين حرّا كان المطلّق أو عبداً، عند علمائنا كافّة.

و بالجملة لا اعتبار عندنا بالزوج فى عدد الطلاق المحرّم.

و لو راجع الأمة أو تزوّجها بعد طلقةٍ و بعد عتقها بعدها بقيت معه على واحدة لا اثنتين، وفاقاً للمشهور للأخبار، كصحيح محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السّلام) قال: المملوك إذا كانت تحته مملوكة فطلّقها ثمّ أعتقها صاحبها كانت عنده على واحدة «۵».

و صحيح الحلبيّ عن الصادق (عليه السّلام) فى العبد تكون تحته الأمة فطلّقها تطليقة

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۵ ب ۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱۰.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۴ ب ۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۷.

(۳) البقرة: ۲۳۰.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۵۷ ب ۴ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۸ ب ۲۸ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۲.

ثمّ أُعتقا جميعاً، قال: كانت تحته على تطليقة واحدة «۱». و نحوه خبر هشام بن سالم عنه (عليه السّلام) «۲». و زاد فى المختلف: أنّه أحوط «۳» و أنّه لمّا طلّقت طلقة تعلّق بها التحريم بطلقة اخرى، و الأصل عدم الزوال بالعتق. و ضعفه ظاهر. و أبو على نقلها إلى حكم الحرائر فى عدد الطلاق «۴» و يؤيّده الاعتبار.

و لا إشكال فى أنّه لو سبق العتق الطلاق حرمت بعد ثلاث.

[النظر فى الأمر الثانى: فى الزوج المحلّل]

اشارة

الأمر الثانی: الزوج المحلّل

[اشتراط أمور أربعة]

اشارة

و یشترط فیه أُمور أربعة:

[الشرط الأول البلوغ]

الأوّل: البلوغ، فلا اعتبار بوطء الصبیّ أمّا غیر المراهق، فبالاتّفاق کما هو الظاهر، و ینبّه علیه ما اعتبر من ذوق العسیلة.

و أمّا إن کان مراهقاً فکذلک، وفاقاً للتهذیب «۵» و النهایة «۶» و الجامع «۷» و الشرائع «۸» و السرائر «۹» و الغنیة «۱۰» علی إشکال من ظاهر الآیة «۱۱» و الأخبار، فإنّ الظاهر من نکاح زوج آخر استقلال کلّ منهما بالنکاح، خصوصاً قد وقع فی الآیة بعد ذلک قوله: «فَإِنْ طَلَّقَهٰا» و الطلاق لا یصدر إلّا عن البالغ، و لأنّ علیّ بن الفضل الواسطی کتب إلی الرضا (علیه السّلام): رجل طلّق امرأته الطلاق الّذی لا تحلّ له حتّی تنکح زوجاً غیره فتزوّجها غلام لم یحتلم، قال: لا حتّی یبلغ، و کتب ما حدّ البلوغ؟ فقال: ما أوجب اللّه علی المؤمنین الحدود «۱۲».

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۹۸ ب ۲۸ من أبواب أقسام الطلاق و أحکامه ح ۳.

(۲) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۹۸ ب ۲۸ من أبواب أقسام الطلاق و أحکامه ح ۴.

(۳) مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۳۷۶ ۳۷۷.

(۴) حکاه عنه فی مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۳۷۶.

(۵) تهذیب الأحکام: ج ۸ ص ۳۲ ذیل الحدیث ۹۷.

(۶) النهایة: ج ۲ ص ۴۴۰.

(۷) الجامع للشرائع: ص ۴۶۷.

(۸) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۲۸.

(۹) انظر السرائر: ج ۲ ص ۶۷۱.

(۱۰) غنیة النزوع: ص ۳۷۳.

(۱۱) البقرة: ۲۳۰.

(۱۲) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۶۷ ب ۸ من أبواب أقسام الطلاق و أحکامه ح ۱.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۸، ص: ۸۵

و من عموم الزوج و النکاح فی الآیة و الأخبار، و التعلیق فی الأخبار بذوق العسیلة «۱» و المراهق أهل له، و هو خیرة المبسوط «۲» و الخلاف «۳» و أبی علی «۴».

[الشرط الثانى الوطء]

الثانى: الوطء بإجماع من عدا سعيد بن المسيّب كما فى الخلاف «۵» و المبسوط «۶» قبلًا بلا خلاف، و هو المفهوم من ذوق العسيلة حتّى تغيب الحشفة أو قدرها من مقطوعها، فإنّه لا نكاح بمعنى الوطء فى عرف الشرع بدونه، و لانتفاء ذوق العسيلة بدونه غالباً، و لأنّه لم يعهد فى الشرع اعتبار ما دونه، فوقوعه بمنزلة العدم مع بقاء أصل الحرمة.

و لا يشترط الإنزال بل لو أكسل حلّت للعموم، و ما قيل: من كون العسيلة هى الإنزال «۷» إن سلّم، فلا شبهة أنّه لا يراد بذوقها إلّا الالتذاذ بالوطء، و لا يتوقّف على الإنزال و إن كان معه أشدّ.

[الشرط الثالث: استناد الوطء إلى العقد الدائم]

الثالث: استناد الوطء إلى العقد الدائم للاشتراط فى الآية بنكاح زوج غيره، و التعقيب بقوله تعالى: «فَإِنْ طَلَّقَهٰا».

فلو وطئ بالملك أو المتعة أو الإباحة لم تحلّ على الزوج كما هو فى نحو خبر العلاء بن فضيل سأل أحدهما (عليه السّلام) عن رجل زوّج عبده أمته ثمّ طلّقها تطليقتين أ يراجعها إن أراد مولاها؟ قال: لا، قال: أ فرأيت إن وطئها مولاها أ يحلّ للعبد أن يراجعها؟ قال: لا حتّى تتزوّج زوجاً غيره و يدخل بها «۸».

و خبر الصيقل قال للصادق (عليه السّلام): رجل طلّق امرأته طلاقاً لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره فتزوّجها رجل متعة أ تحلّ للأوّل؟ قال: لا، لأنّ اللّٰه تعالى يقول:

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۶ ۳۶۷ ب ۷ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۰۹ ۱۱۰.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۵۰۴ مسألة ۸.

(۴) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۸۷.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۵۰۲ مسألة ۶.

(۶) لم يرد فى ن، ق. المبسوط: ج ۵ ص ۱۰۹.

(۷) نهاية المرام: ج ۲ ص ۶۶.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۷ ب ۲۷ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۲.

«فَإِنْ طَلَّقَهٰا فَلٰا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّٰى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهٰا» «۱» و المتعة ليس فيها طلاق «۲».

[الشرط الرابع: انتفاء الردّة]

الرابع: انتفاء الردّة المبطلة للنكاح قبل الوطء فلو تزوّجها المحلّل أى الزوج الثانى الّذى يكون محلّلًا لو اجتمعت الشرائط مسلماً ثمّ وطئها بعد ردّته لم تحلّ لاستناد الوطء إلى زنا أو شبهة لانفساخ عقده بالردّة لعدم الدخول.

أمّا لو وطئها وطئاً حراماً مستنداً إلى عقد صحيح باقٍ على صحّته كالمُحرِم أو فى الصوم الواجب أو فى حال الحيض فإشكال، ينشأ، من كونه منهيّاً عنه، فلا يكون مراداً للشارع فلا يفهم من النكاح و ذوق العسيلة إلّا المحلّل من ذلك، مع أصل بقاء الحرمة،

و هو خيرة أبى على «٣» و الشيخ «۴».

و من استناد النكاح أى الوطء إلى عقد صحيح فيصدق الزوجيّة، و الوطء و ذوق العسيلة عامّان، مع ما عرفت فى أوائل النكاح من أنّ ظاهر الآية إرادة العقد بالنكاح، إنّما فهم اشتراط الوطء بالسنّة و الإجماع. و التحليل من أحكام الوضع، فلا ينافيه فساد الوطء، و هو خيرة الجامع «۵» و المختلف «۶».

[النظر فى الأمر الثالث: فى الأحكام]

النظر الثالث: فى الأحكام أو «٧» الأمر الثالث: أمر الأحكام، أو «فى» زائدة.

لو انقضت من الطلقة الثالثة مدّة، فادّعت التزويج و اجتماع شروط التحليل و المفارقة و انقضاء العدّة قُبل مع الإمكان بلا يمين كما

---

(١) البقرة: ٢٣٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣۶٩ ب ٩ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۴.

(٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٧.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۵٠۴ مسألة ٩.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۶٧.

(۶) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٧ ٣٨٨.

(٧) فى المطبوع بدل «أو»: أى.

فى المبسوط «١» و إن بعد لأنّ فى جملة ذلك ما لا يتوصّل إليه إلّا بقولها، و هو الوطء و العدّة، و ربّما لم يمكنها إثبات التزوّج بموت الزوج و انتفاء الشهود و نحو ذلك.

و لا يبعد توجّه مطالبتها بالبيّنة على ما يمكن إقامتها عليه من النكاح و الفراق.

و فى رواية حمّاد الصحيحة عن الصادق (عليه السّلام) قُبل إن كانت ثقة سأله (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته ثلاثاً فبانت منه، فأراد مراجعتها، فقال: إنّى أُريد مراجعتكِ فتزوّجى زوجاً غيرى، فقالت: قد تزوّجت زوجاً غيرك و حلّلت لك نفسى، أ يصدّق قولها و يراجعها و كيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأة ثقة صدّقت فى قولها «٢».

فالاحتياط تجنّبها مع التهمة، و يحتمل الاستحباب.

و لو دخل المحلّل فى البين أو دخل بها فادّعت الإصابة المحلّلة فإن صدّقها حلّت للأوّل بلا إشكال و إن كذّبها فالأقرب وفاقاً للمحقّق العمل بقولها ثقة كانت أو لا، و إن كانت ثقة كما فى الخبر لتعذّر إقامة البيّنة عليها و لا تداعى بينها و بين المحلّل ليرجّح قوله أو يكلّف باليمين.

و كذا لو جهل الدخول بها وجوداً و عدماً، لا إذا علم العدم.

و قيل فى المبسوط يعمل بما يغلب على الظنّ من صدقه و صدقها احتياطاً لا وجوباً، لقوله: و إن قال الزوج الثانى: ما أصبتها فإن غلب على ظنّه صدقها قبل قولها، و إن كذّبها يجنّبها و ليس بحرام «٣».

فإن رجعت عن دعواها الإصابة قبل العقد عليها للزوج الأوّل لم تحلّ عليه لأخذها بإقرارها و إلّا يكن الرجوع إلّا بعد العقد لم

يقبل رجوعها لأنّه إقرار فى حقّ الزوج، و دعوًى لبطلان العقد.

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۷۰ ب ۱۱ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۱ و فيه بدل «و إن كذّبها»: و إن غلب كذبها.

و لو طلّق الذمّيّة ثلاثاً على وجه يصحّ بأن أوقع الطلقات أو اثنتين منها و هو كافر، أو جوّزنا رجوع المسلم إليها و إن لم نجوّز له نكاحها ابتداءً فتزوّجت بعد انقضاء العدّة ذمّيّاً و اجتمعت شرائط التحليل ثمّ بانت منه، و أسلمت حلّت للأوّل بعقد مستأنف.

و كذا إن لم تُسلم، إن جوّزنا ابتداء نكاح الذمّيّة، لصحّة نكاح الكفّار و صدق الزوجيّة، و ذوق العسيلة، و عدم الدليل على اشتراط الإسلام.

و كذا كلّ مشرك طلّق امرأته ثلاثاً فتزوّجت بمشرك، فإنّها تحلّ للأوّل بعد إسلامها و قبله لصحّة أنكحة الكفّار.

و لمّا علمت اشتراط الحلّ بوطى زوج غيره كما هو نصّ الآية علمت أنّه لو وطئ الأمةَ مولاها لم تحلّ على الزوج إذا طلّقها مرّتين و مع ذلك فقد نصّت عليه الأخبار و قد سمعت بعضها.

و لو ملكها المطلّق لم يحلّ «۱» عليه وطؤها بالملك إلّا أن تنكح زوجاً غيره لعموم الآية، و للأخبار، كحسن الحلبيّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل حرّ كانت تحته أمة فطلّقها بائناً، ثمّ اشتراها هل يحلّ له أن يطأها؟ قال: لا «۲».

و صحيح بريد العجلى عنه (عليه السّلام) فى الأمة يطلّقها «۳» تطليقتين ثمّ يشتريها، قال: لا حتّى تنكح زوجاً غيره «۴».

و عن بعض الأصحاب الحلّ اقتصاراً فيما خالف الأصل على اليقين، و هو المتبادر من الآية، و هو الحرمة من جهة النكاح، و لعموم «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُهُمْ» «۵». و لصحيح عبد اللّه بن سنان سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل كانت تحته أمة فطلّقها

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌۸، ص: ۸۸

---

(۱) فى قواعد الأحكام: لم تحلّ.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۵ ب ۲۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۵.

(۳) فى وسائل الشيعة زيادة: زوجها.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۵ ب ۲۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۳.

(۵) المؤمنون: ۶.

على السنّة فبانت منه، ثمّ اشتراها بعد ذلك قبل أن تنكح زوجاً غيره، قال: أ ليس قد قضى علىّ (عليه السّلام) فى هذه؟ أحلّتها آية و حرّمتها اخرى، و أنا أنهى عنها نفسى و ولدى «۱». و ليس نصّاً فى الحلّ، بل هو أقرب إلى الحرمة.

و لصحيح أبى بصير سأله (عليه السّلام) رجل كانت تحته أمة فطلّقها طلاقاً بائناً «۲» ثمّ اشتراها بعد، قال «۳» يحلّ له فرجها من أجل شرائها، و الحرّ و العبد فى هذه المنزلة سواء «۴».

و إنّما يتمّ الاحتجاج لو كان «ثانياً» بالمثلّثة، و يحتمل أن يكون بالموحّدة من البينونة.

و لا تأثير للوطء المستند إلى العقد الفاسد أو الشبهة فى التحليل لانتفاء الزوجيّة، و أصل بقاء الحرمة.

و المجبوب إذا بقى من ذكره ما يغيب فى فرجها قدر الحشفة حلّت بوطئه مع اجتماع باقى الشرائط، لصدق الوطء و ذوق العسيلة.

و كذا الموجوء و الخصىّ إذا وطئاها. و خبر محمّد بن مضارب سأل الرضا (عليه السّلام) عن الخصىّ يحلّل؟ قال: لا يحلّل «۵». ضعيف محتمل لعدم الوطء.

و لا فرق بين أن يكون المحلّل حرّا أو عبداً عاقلًا أو مجنوناً و كذا الزوجة للعموم، و الأصل.

و لو كانت صغيرة فوطئها المحلّل قبل بلوغ التسع أفضى أم لا فكالوطء فى الحيض فى الإشكال منشأ إلّا إذا جهل التحريم، و ربّما يقوى العدم هنا بظاهر الآية، فإنّ الصغيرة لا تنكح بنفسها.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۴ ب ۲۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱.

(۲) فى ق بدل «بائناً»: ثانياً.

(۳) فى ق زيادة «لا» كما زادها فى الاستبصار: ج ۳ ص ۳۱۰ ح ۱۱۰۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۵ ب ۲۶ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۶۹ ب ۱۰ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۹۰

المقصد الرابع فى العِدَد و أحكامها و هنا ثمانية فصول

اشارة

المقصد الرابع فى العِدَد و أحكامها و فيه فصول ثمانية:

[الفصل الأوّل فى غير المدخول بها]

الأوّل فى غير المدخول بها و من بحكمها من الصغيرة و اليائسة، و حكمهنّ فى الاعتداد وجوباً و عدمه.

لا عدّة على من لم يدخل بها الزوج من طلاق أو فسخ بالنصّ «۱» و الإجماع و إن استدخلت ماءه من غير جماع، أو ساحقت موطوءة حين قامت من تحته.

و الدخول يحصل بغيبوبة الحشفة أو ما ساواها من مقطوعها فى قُبُل أو دبر، أنزل أو لم يُنزل، و سواء كان صحيح الأُنثيين أو مقطوعهما للأخبار «۲» و لصدق المسّ و الدخول و إن بعد الحمل. و اقتصر فى التحرير على القُبُل «۳».

و لو كان مقطوع الذكر خاصّة أى دون الأُنثيين قيل فى المبسوط وجبت عليها العدّة إن ساحقها فإن كانت حاملًا فبوضع الحمل،

و إلّا فبالأشهر دون الأقراء «۴» لإمكان الحمل عادة بالمساحقة مع بقاء

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۳ ب ۱ من أبواب أقسام العدد.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱ ص ۴۶۹ ب ۶ من أبواب الجنابة.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۷۰ س ۱۱.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۲۳۸.

الأُنثيين، بخلاف ما إذا لم تبقيا، لانتفاء العادة بالحمل حينئذٍ.

و من المعلوم أنّ الأصل فی الاعتداد الحمل و التحرّز عن اختلاط الماءين. و لذا انتفى عمّن لا يحتمل ذلك فيها. و لشمول المسّ و الدخول لذلك و لغيره، خرج غيره عن الملامسة بسائر الأعضاء بالإجماع. و مسّ مجبوب الذكر و الأُنثيين جميعاً بالعلم عادة ببراءة الرحم، و يبقى هذا المسّ داخلًا من غير مخرج له.

و الجواب: أنّ المسّ فی عرف الشرع حقيقة أو مجازاً مشهور فی الوطء. و كذا الدخول بها، فلا أقلّ من تبادره إلى الفهم، و إمكان الحمل إن اعتبر، و كان حاصلًا مع وجود الأُنثيين دون عدمهما، فينبغی أن لا يعتدّ بوطء مقطوعهما دون الذكر مع نصّه على الاعتداد به.

و لكن لو ظهر بها مع المساحقة حمل اعتدّت بوضعه للحوق السبب به، و الحكم بأنّه منه، مع قوله تعالى: «وَ أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «۱».

و كذا لو كان مقطوع الذكر و الأُنثيين فساحقها فظهر حمل، اعتدّت بالوضع على إشكال من الفراش، و كون معدن المنیّ الصلب بنصّ الآية. و من قضاء العادة بالعدم مع انتفاء الأُنثيين.

و لا تجب عليها العدّة فيما بينها و بين اللّه بالخلوة المنفردة عن الوطء و إن كانت كاملة بالبلوغ و عدم اليأس، أو كانت الخلوة تامّة، كأن تكون فی منزله، سواء وطئها فيما دون الفرج أو لا، للنصّ «۲» و الاعتبار و الأصل. و قد عرفت معنى ما ورد من الأخبار الحاكمة بكون الخلوة كالدخول و ما وافقها من كلام الأصحاب.

و لو اختلفا حينئذٍ خلا بها فی الإصابة فالقول قوله مع يمينه

---

(۱) الطلاق: ۴.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۲ ب ۱ من أبواب العدد.

فی العدم كما فی التحرير «۱» للأصل، فإن أقامت شاهدين، أو شاهداً و امرأتين، أو شاهداً و حلفت، استحقّت تمام المهر، و إلّا فلا، خلافاً لمن استظهر الإصابة بالخلوة، و رجّحه على الأصل.

و فی المبسوط: أنّ قضية أحاديث أصحابنا أنّه إن كان هناك ما يعلم به صدق قولها مثل: أن كانت بكراً فوجدت كما كانت، فالقول قولها، و إن كانت ثيباً، فالقول قوله، للأصل «۲».

و حقّ الكلام «فوجدت لا كما كانت» و لذا نسبه فی التحرير إلى الاضطراب «۳». فكأنّ «لا» سقطت من القلم.

ثمّ الأنسب بهذا المقام أن يدّعی الزوج الإصابة، فيحتمل أن يكون هو المراد، و يكون رجّح الظاهر، و العمل بالأخبار الحاكمة

بكون الخلوة بمنزلة الدخول «۴».

و لو دخل بالصغيرة و هی: من نقص سنّها عن تسع، أو اليائسة و هی: من بلغت خمسين سنة إن لم تكن قرشيّة أو نبطيّة أو ستّين إن كانت قرشيّة أو نبطيّة، فلا اعتبار به، و لا يجب لأجله عدّة من طلاق و لا فسخ على رأی وفاقاً للمشهور، للأصل و براءة الرحم، و الأخبار كصحيح حمّاد بن عثمان سأل الصادق (عليه السّلام) عن التی قد يئست من المحيض و التی لا تحيض مثلها، قال: ليس عليها عدّة «۵». و خبر عبد الرحمن بن الحجّاج سمعه (عليه السّلام) يقول: ثلاث يتزوّجن على كلّ حال: التی يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و متى تكون كذلک؟ قال: إذا بلغت ستّين سنة فقد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، و التی لا تحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و متى تكون كذلک؟ قال: متى لم تبلغ تسع سنين فإنّها لا تحيض و مثلها لا تحيض، و التی لم يدخل بها «۶».

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۷۰ س ۱۲.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۸.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۷۰ س ۱۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۶ ب ۵۵ من أبواب المهور.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۵ ب ۲ من أبواب العدد ح ۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۹ ب ۳ من أبواب العدد ح ۵.

و خلافاً للسيّد فأوجب عليهما الاعتداد بثلاثة أشهر «۱» و هو ظاهر ابن شهرآشوب و قال ابن زهرة: إنّه الّذی يقتضيه الاحتياط لقوله تعالى: «وَ اللّائِی يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللّائِی لَمْ يَحِضْنَ» «۲».

قال فی الانتصار: و هذا صريح فی أنّ الآيسات من المحيض و اللائی لم يبلغن عدّتهنّ الأشهر على كلّ حال، لأنّ قوله تعالى: «وَ اللّائِی لَمْ يَحِضْنَ» «۳» معناه: و اللائی لم يحضن كذلک. و ذكر أنّ معنى: «إِنِ ارْتَبْتُمْ» ما ذكره جمهور المفسّرين و أهل العلم بالتأويل: من أنّكم إن ارتبتم فی عدّة هؤلاء و مبلغها، فاعلموا أنّ عدّتهنّ ثلاثة أشهر «۴».

و يعضده ما روی من قول ابیّ بن كعب: يا رسول اللّه إنّ عدداً من عدد النساء لم تُذكر فی الكتاب الصغار و الكبار و أُولات الأحمال، فأنزل اللّه تعالى: «وَ اللّائِی يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ» إلى قوله: «وَ أُولاتُ الْأَحْمالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «۵» و أنّه لا يجوز أن يكون المراد الارتياب فی البأس و عدمه، للتعبير ب «اللّائِی يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ» و لأنّ الارتياب إن كان، فمنهنّ لا من الرجال، لأنّهم يرجعون إليهنّ فی المحيض و اليأس، فلو كان ذلک مراداً لقيل: إن ارتبنَ أو ارتبتنّ.

و لبعض الأخبار كصحيح الحلبیّ عن الصادق (عليه السّلام) قال: عدّة المرأة التی لا تحيض و المستحاضة التی لا تطهر و الجارية التی قد يئست و لم تدرک الحيض ثلاثة أشهر «۶».

و خبر علیّ بن أبی حمزة عن أبی بصير قال: عدّة التی لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر، و التی قد قعدت من المحيض ثلاثة أشهر «۷».

---

(۱) الانتصار: ص ۱۴۶.

(۲) غُنية النُّزوع: ص ۳۸۲.

(۳) الطلاق: ۴.

(۴) الانتصار: ص ۱۴۶.

(۵) تفسير القرآن لابن كثير القرشىّ: ج ۴ ص ۳۸۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۷ ب ۲ من أبواب العدد ح ۸.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۷ ب ۲ من أبواب العدد ح ۶.

و خبر ابن سنان عن الصادق (عليه السّلام)، قال فى الجارية التى لم تدرك الحيض: يطلّقها زوجها بالشهور «۱».

و خبر هارون بن حمزة الغنوى سأله (عليه السّلام) عن جارية طلّقت و لم تحض بعد، فمضى لها شهران ثمّ حاضت أ تعتدّ بالشهرين؟ قال: نعم و تكمل عدّتها شهراً، قال: فقلت: أ تكمل عدّتها بحيضة؟ قال: لا، بل بشهر مضى آخر عدّتها على ما يمضى عليه أوّلها «۲».

و خبر أبى بصير عنه (عليه السّلام) قال: عدّة التى لم تحض و المستحاضة التى لا تطهر ثلاثة أشهر «۳».

و الجواب: أمّا عن الآية فبأنّه خلاف الظاهر من التعبير بالارتياب، و الأنسب الجهل. و من أنّه لا كثير فائدة فيه حينئذٍ. و من تأويل الجزاء بالأمر بالعلم به و لا يتعيّن الصغار و الكبار فى قول ابىّ لغير البالغة و اليائسة. مع أنّه قد قدح فيه بأنّه إن صحّ لزم تقدّم عدّة ذوات الأقراء، مع أنّها إنّما ذكرت فى البقرة و هى مدنيّة و تلك الآية فى الطلاق و هى مكّيّة فى المشهور، و لا يبعد الحمل على الارتياب فى اليأس و عدمه التعبير باليأس، لجواز أن لا يراد «۴» باليأس ما هو المعروف عند الفقهاء، و لا الرجوع إليهنّ فى الحيض عدمه، لأنّ ارتيابها يوجب ارتيابنا إذا راجعنا إليها، مع أنّ الرجوع إليها فى اليأس المعتبر شرعاً ممنوع، فإنّه فى الحقيقة خبر عن السنّ.

و أمّا الأخبار فمحمولة على من بلغت و لكن لم تحض، أو انقطع حيضها لكن لم تبلغ سنّ اليأس.

أمّا الموت فيثبت فيه العدّة و إن لم يدخل بها الزوج و إن كانت

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۷ ب ۲ من أبواب العدد ح ۷.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۰۸ ب ۲ من أبواب العدد ح ۹.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۱۳ ب ۴ من أبواب العدد ح ۹.

(۴) فى ق، ط بدل «لا يراد»: يراد.

صغيرة أو يائسة دخل أو لا- كما سيأتى، و لعلّ السرّ فيه أنّ الغرض من اعتداد المتوفّى عنها ليس مقصوراً على استبراء الرحم كالمطلّقة، بل قصد منه الحداد أيضاً.

الفصل الثانى فى عدّة الحائل من الطلاق و فيه مطلبان

اشارة

الفصل الثانى فى عدّة الحائل من الطلاق و فيه مطلبان:

[المطلب الأوّل فى ذوات الأقراء]

الأوّل فى ذوات الأقراء الحرّة المستقيمة الحيض عدا من سيأتى استثناؤها تعتدّ إذا دخل بها و كانت حائلًا بثلاثة أقراء بالنصّ «١» و الإجماع، و فيه تنبيه على خطأ من زعم أنّ الأقراء جمع للقُرء بالضم، بمعنى الحيض كقفل و أقفال، و الّذى بمعنى الطهر بالفتح و جمعه قروء كحرب و حروب.

و هى الأطهار وفاقاً للمشهور. و فى الخلاف و غيره الإجماع عليه «٢» لقوله تعالى: «فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ» «٣» فإنّ الظاهر كون اللام ظرفيّة، و الطلاق لا يصحّ إلّا فى الطهر فهو المعدود من العدّة. و للأخبار من العامّة و الخاصّة كحسن زرارة عن الباقر (عليه السّلام) قال: القرء ما بين الحيضتين «۴». و كذا حسن محمّد بن مسلم و صحيح زرارة عنه (عليه السّلام) قال: الأقراء هى الأطهار «۵». و حسنه عنه (عليه السّلام) قال: إذا دخلت فى الحيضة الثالثة فقد انقضت عدّتها و حلّت للأزواج، قال: قلت له: إنّ أهل العراق يروون عن علىّ (عليه السّلام) أنّه قال: هو أحقّ برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة، فقال: قد كذبوا «۶». و غيرها من الأخبار الناصّة على انقضاء العدّة بأوّل قطرة من الحيضة الثالثة «٧».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢١ ب ١٢ من أبواب العدد.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ۴۴۶ مسألة ٢.

(٣) الطلاق: ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢۴ ب ١۴ من أبواب العدد ح ١.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢۴ ب ١۴ من أبواب العدد ح ٢.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢۶ ب ١۵ من أبواب العدد ح ١.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢٨ ب ١۵ من أبواب العدد ح ٨.

و خلافاً لسلّار «١» تمسّكاً بأخبار كالناصّة على أنّ له الرجوع ما لم تنقض الثالثة، كصحيح محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السّلام) فى الرجل يطلّق امرأته على طهر من غير جماع يدعها حتّى فى قرئها الثالث و يحضر غسلها ثمّ يراجعها و يشهد على رجعتها، قال: هو أملك بها ما لم تحلّ لها الصلاة «٢».

و خبر عبد اللّه بن ميمون عن الصادق (عليه السّلام) قال: قال علىّ (عليه السّلام): إذا طلّق الرجل المرأة فهو أحقّ بها ما لم تغتسل من الثالثة «٣». و هى مع احتمال التقيّة يحتمل أن يراد فيها بالثالث الطهر الثالث، و يكون الأولى الرجوع إليها قبله.

و كالناصّة على أنّها الحيضات، كصحيح الحلبىّ عن الصادق (عليه السّلام) قال: عدّة التى تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة أقراء و هى ثلاث حيض. و نحو صحيح ابن مسكان عن أبى بصير «۴». و هى مع احتمال التقيّة، يحتمل أن يكون المراد أنّ عليها أن تعتدّ ثلاث حيضات فإنّها لا تبين إلّا برؤية الثالثة. و أن يكون التفسير ب «ثلاث حيَض» من الراوى.

و حكى الشيخ عن شيخه الجمع بين الأخبار بأنّه: إذا طلّقها فى آخر طهرها اعتدّت بالحيض، و إن طلّقها فى أوّله اعتدّت بالأطهار «۵».

و لا فرق فى الاعتداد بثلاثة أقراء بين الطلاق و الفسخ و إن اختصّت الآية بالطلاق.

و سواء عندنا أنّ الحرّة تعتدّ بها كان زوجها حرّا أو عبداً فلا عبرة بالزوج عندنا كما نطقت به الأخبار عموماً أو خصوصاً، كحسن زرارة سأل الباقر (عليه السّلام) عن حرّ تحته أمة، أو عبد تحته حرّة، فكم طلاقها و كم عدّتها؟ فقال:

---

(١) المراسم: ص ١۶۶.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٣٠ ب ١۵ من أبواب العدد ح ١۵.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢٩ ب ١۵ من أبواب العدد ح ١٢.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢۵ ب ١۴ من أبواب العدد ح ٧ و ذيله.

(۵) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٢٧ ذيل حديث ۴٣٨. و فيه بدل «اعتدّت بالأطهار»: اعتدّت بالأقراء الّتى هى الأطهار.

السنّة فى النساء فى الطلاق، فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاث و عدّتها ثلاثة أقراء، و إن كان حرّا تحته أمة فطلاقها تطليقتان و عدّتها قرءان «١».

و يُحتسب من الثلاثة الأقراء القرء «٢» بعد الطلاق و إن كان لحظة بلا خلاف لصدق القرء عليها، و نطق الأخبار بالبينونة عند رؤية الدم ثالثاً كما أنّه لا خلاف فى اعتبار تمام الطهر بين الحيضتين فى القرءين الآخرين.

و لو حاضت مع انتهاء لفظة الطلاق من غير انفصال بينهما و إن بعد الفرض صحّ الطلاق، لوقوعه بتمامه فى الطهر، و لم يُحتسب طهر الطلاق قرءاً و افتقرت إلى ثلاثة أقراءٍ أو مستأنفةٍ بعد الحيض فلا تبين إلّا برؤية الدم الرابع. و الوجه ظاهر.

و لا خلاف عند من اعتبر الأطهار فى أنّه إذا رأت الدم الثالث خرجت من العدّة كما لا خلاف عندهم فى أنّها لا تخرج ما لم تره لما عرفت من اعتبار تماميّة الطهرين الثانيين، و قد عرفت الأخبار الناطقة بالخروج و ما بإزائها، و وجوه الجمع بينها.

و لمّا عرفت ما تقدّم، عرفت أنّ أقلّ زمان تنقضى به العدّة للمستقيمة الحيض ستّة و عشرون يوماً هى أقلّ طهرين و حيضين و لحظتان إحداهما لحظة الطهر بعد لفظة الطلاق، و الأُخرى لحظة الدم الثالث، بل الأقلّ ثلاثة و عشرون يوماً و ثلاث لحظات، بأن طلّقها بعد الوضع قبل رؤية النفاس ثمّ رأته لحظة.

و لكن الأخيرة دلالة على الخروج، لا جزء للعدّة وفاقاً للمحقّق «٣» فإنّ العدّة إنّما هى ثلاثة أقراء بالاتّفاق. و خلافاً للمبسوط قال: لأنّ بها تكمل العدّة «۴». قلنا: بل بها يظهر كمالها، و هو فى الحقيقة مصادرة. و ربّما قيل: لأنّ القرء

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۶٩ ب ۴٠ من أبواب العدد ح ١.

(٢) فى ط، ق بدل «القُرء»: القُروء. و فى قواعد الأحكام بدلها: الطهر.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٣۴.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ٢٣۵.

هو الانتقال من الطهر إلى الحيض لا نفس الطهر، و هو ممنوع. و قد يتمسّك بظاهر ما نطق من الأخبار: بأنّها تبين إذا رأت الدم الثالث «١». و ضعفه ظاهر.

و للخلاف فوائد فلا يصحّ على المختار فيه أى اللحظة الرجعة إن اتّفقت فيه، و ممّا يعضده قول الباقر (عليه السّلام) لإسماعيل

الجعفى: هو أملك برجعتها ما لم تقع فى الدم من الحيضة الثالثة «٢».
و من فوائده أنّه لو اتّفق عقد الزوج الثانى فيه صحّ على المختار.
و منها: إذا اتّفق موت زوجها فى تلك اللحظة، فإنّها لا ترث على المختار، و لا ينافيه خبر زرارة عن أحدهما (عليهما السّلام) قال: المطلّقة ترث و تورث حتّى ترى الدم الثالث، فإذا رأته فقد انقطع «٣».
و لو اختلفت عادتها فى الوقت أو تعجّل بها الدم صبرت فى الثالث إلى انقضاء أقلّ الحيض و إن قلنا بتحيّضها بالرؤية، استصحاباً للعدّة إلى حصول اليقين بالانقضاء.
و أطبقت الأصحاب و دلّت الأخبار «۴» و الاعتبار على أنّ المرجع فى الحيض و الطهر إليها، فلو قالت: كان قد بقى بعد الطلاق زمان يسير من الطهر، فأنكر، قدّم قولها و إن تضمّن الخروجَ من العدّة المخالفَ للأصل و إنّما يقدّم قولها مع احتمال الصحّة.
و لذا لو ادّعت الانقضاء قبل مضىّ أقلّ زمان تنقضى به العدّة لم تقبل دعواها، فإن ادّعت ذلك و صبرت حتّى مضى زمان الأقلّ ثمّ قال: غلطت أوّلًا فيما كنت ادّعيته و الآن انقضت عدّتى، قُبل قولها

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢۶ ب ١۵ من أبواب العدد.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢٧ ب ١۵ من أبواب العدد ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ۵٣٠ ب ١٣ من أبواب ميراث الأزواج ح ٣.
(۴) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ۵٩۶ ب ۴٧ من أبواب الحيض.

لعموم الأدلّة، و عدم المعارضة بالكذب السابق. و إن أصرّت على الدعوى من غير تقييد بزمان بل إنّما تقول: انقضت عدّتى، كما كانت تقوله أوّلًا.
ففى الحكم بانقضاء عدّتها إشكال ينشأ: من ظهور كذبها فيما كانت تدّعيه، و الظاهر اتّحاد الدعويين فما تدّعيه لا يقبل، و مجرّد انقضاء أقلّ الزمان لا يكفى فى الحكم بانقضاء العدّة، و هو خيرة التحرير «١».
و من قبول دعواها الانقضاء لو استأنفتها الآن فيجعل الدوام كالاستئناف و هو الأقوى، وفاقاً لظاهر المبسوط «٢» لاختلاف اللفظ و الزمان فى الدعوى، و أصالة الصدق، فليحمل الثانية على الوجه الصحيح، إذ لا ملازمة بين الدعويين فى الكذب، و لا فرق بين أن تعترف بالغلط فى الأُولى أو لا.
و أمّا إذا وقّتت الدعوى الثانية، فلا إشكال فى القبول إن وقّتته بما بعد أقلّ العدّة، و العدم إن وقّتته بما قبله.
و لا يشترط عندنا فى القرء أن يكون بين حيضتين للأصل و العموم. و ما فى بعض الأخبار من ذلك «٣» محمول على الغالب أو التمثيل. و كذا قول ابن زهرة: و القرء المعتبر، الطهر بين الحيضتين بدليل إجماع الطائفة «۴» و قول ابن إدريس: و القرء بفتح القاف عندنا: هو الطهر بين الحيضتين «۵». و قول الشيخ فى الاستبصار: و هو جمع ما بين الحيضتين «۶».
فلو طلّقها قبل أن ترى الدم ثمّ ابتدأت بالحيض، احتسب الطهر بين الطلاق و ابتداء الحيض قرءاً، و زمان الاستحاضة كالطهر إذ لا عبرة إلّا بالخلوّ من الحيض، و هو مدلول القرء.

(١) انظر تحرير الأحكام: ج ١ ص ٧٠ س ٣۴.
(٢) انظر المبسوط: ج ۵ ص ١٠٠.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۲۴ ب ۱۴ من أبواب العدد.
(۴) غُنية النُّزوع: ص ۳۸۲.
(۵) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۲.
(۶) الاستبصار: ج ۳ ص ۳۳۰ ذيل الحديث ۱۱۷۲.

و لو استمرّ بها الدم مشتبهاً بأن تجاوز العشرة رجعت إلى عادتها المستقيمة وقتاً و عدداً، أو أحدهما إن كانت، و أمكن اعتبارها، بأن لم يتقدّم على ما اعتادته من الوقت، و لا تأخّرت عنه.

فإن لم تكن لها عادة مستقيمة رجعت فى الوقت و العدد أو أحدهما إلى التميز مبتدئة كانت أو مضطربة.

فإن فقدته رجعت إلى عادة نسائها من قرابتها ثمّ أقرانها كما تقدّم فى الطهارة إن كانت مبتدئة، لأنّها التى نطقت الأخبار برجوعها إلى نسائها «۱» و لعلّهم أطلقوا اتّكالًا على ظهوره ممّا مرّ فى الطهارة. و ما فى الإرشاد: من التصريح بالمضطربة دون المبتدئة «۲» فكأنّه من سهو القلم.

و لابن إدريس هنا كلام لا يفهم قال: و إذا كانت المطلّقة مستحاضة و تعرف أيّام حيضها فلتعتدّ بالأقراء، و إن لم تعرف أيّام حيضها اعتبرت صفة الدم، و اعتدّت أيضاً بالأقراء، فإن اشتبه عليها دم الحيض بدم الاستحاضة، و لم يكن لها طريق إلى الفرق بينهما، اعتبرت عادة نسائها فى الحيض فتعتدّ على عادتهنّ فى الأقراء. هكذا ذكره شيخنا فى نهايته، و الأولى تقديم العادة على اعتبار صفة الدم، لأنّ العادة أقوى، فإن لم تكن لها نساء لهنّ عادة رجعت إلى اعتبار صفة الدم، و هذا مذهبه فى «جُمله و عُقوده» فإن لم تكن لها نساء، أو كنّ مختلفات العادة، اعتدّت بثلاثة أشهر و قد بانت منه انتهى «۳».

فإن أراد تقديم عادتها على التميز فهو كذلك، لكنّ الشيخ لم يقل بخلافه، و إن أراد تقديم عادة نسائها، فلم يقل به أحد و لا نفسه فى الطهارة و لا هنا، فإنّ قوله: «فإن لم يكن لها نساء» إلى آخر الكلام مشعر بموافقة الشيخ، و لا كلام الشيخ فى «الجمل» ممّا يوهم ذلك، فضلًا عن أن يكون مذهبه.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۲ ص ۵۴۶ ب ۸ من أبواب الحيض.
(۲) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۴۷.
(۳) السرائر: ج ۲ ص ۷۴۱.

فإن فقدت النساء أو اختلفن اعتدّت بالأشهر لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر الحلبىّ: عدّة المرأة التى لا تحيض، و المستحاضة التى لا تطهر ثلاثة أشهر «۱». و نحوه فى خبر أبى بصير «۲».

قال ابن إدريس: هذا على قول من يقول: يكون حيض هذه فى كلّ شهر ثلاثة أيّام أو عشرة أيّام أو سبعة أيّام، ففى الثلاثة الأشهر يحصل لها ثلاثة أطهار، فأمّا على قول من يقول: تجعل عشرة أيّام طهراً و عشرة أيّام حيضاً، فيكون عدّتها أربعين يوماً و لحظتين «۳».

و فيه: أنّه لا يتعيّن الثلاثة الأشهر على القول الأوّل، بل يكفى شهران و لحظتان، بل اعتدادها بالأشهر، لورود النصّ به بخصوصه «۴».

و يمكن أن يكون السرّ فيه، أنّ العدّة لا بدّ من انضباطها، و إذا علمت بالروايات فى الحيض، تخيّرت فى تعيين أيّام الحيض من

أيٍّ من أيّام الشهر شاءت، فلا تنضبط العدّة.

و لو كان حيضها فى كلّ ستّة أشهر أو خمسة أو أربعة اعتدّت بالأشهر اتّفاقاً كما فى الخلاف «٥» و السرائر «۶». و لنحو قول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح زرارة: أمران أيّهما سبق إليها بانت به المطلّقة المسترابة التى تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت بها «٧» و إن مرّت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض «٨».

و أمّا نحو قول أحدهما (عليهما السّلام) فى صحيح محمّد بن مسلم فى التى تحيض

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١٢ ب ۴ من أبواب العدد ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١٣ ب ۴ من أبواب العدد ح ٩.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧۴١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١٢ ب ۴ من أبواب العدد ح ٧.

(۵) الخلاف: ج ۵ ص ۵٧ مسألة ۵.

(۶) السرائر: ج ٢ ص ٧۴٢.

(٧) فى وسائل الشيعة بدل «بها»: منه.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١١ ب ۴ من أبواب العدد ح ۵.

فى كلّ ثلاثة أشهر مرّة، أو فى ستّة أو فى سبعة أشهر: إنّ عدّتها ثلاثة أشهر «١». فلعلّه محمول على التحيّض بعد كلّ ثلاثة أشهر.

و لا يشترط فى الاعتداد بالأشهر وقوع الطلاق بحيث يتعقّبه ثلاثة أشهر بيض، لإطلاق النصوص من الأخبار «٢» و الأصحاب.

فلو كانت لا تحيض إلّا بعد ثلاثة، و طلّقت حيث بقى إلى حيضها شهر، اعتدّت بالأشهر أيضاً و إن رأت الدم بعد شهر، لصدق سبق ثلاثة أشهر بيض على ثلاث حيض، فإنّه أعمّ من أن يكون بعد الطلاق من غير فصل أو مع الفصل، فيكون عدّتها ثلاثة أشهر مع الحيض السابق و الطهر السابق عليه، و لا بُعد فى اختلاف العدّة باختلاف وقت الطلاق طولًا و قصراً، بل هو واقع فى المعتدّة بالأقراء.

و لو اعتدّت من بلغت سنّ الحيض و لم تحض بالأشهر، ثمّ رأت الدم بعد انقضاء العدّة لم يلزمها استئناف الاعتداد بالأقراء ثانياً اتّفاقاً، لأنّها بانت بانقضاء ما كان عليها.

و لو رأته فى الأثناء اعتدّت بالأقراء لدخولها فى عموم أدلّتها و تعتدّ بالطهر السابق قرءاً خلافاً لبعض العامّة «٣» بناءً على كون القرء هو الطهر بين الحيضتين.

و لو رأت الدم مرّة أو مرّتين فى وجه ثمّ بلغت سنّ اليأس أكملت العدّة بشهرين أو بشهر، لخبر هارون بن حمزة عن الصادق (عليه السّلام) فى امرأة طلّقت و قد طعنت فى السنّ فحاضت حيضة واحدة ثمّ ارتفع حيضها فقال: تعتدّ بالحيض و شهرين مستقبلين، فإنّها قد يئست من المحيض «۴». و لأنّها حين طلّقت كانت مكلّفة بالاعتداد، و لمّا تعذّر اعتدادها بالأقراء، لزمها الاعتداد بالأشهر،

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١٠ ب ۴ من أبواب العدد ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١٠ ب ۴ من أبواب العدد.

(٣) الأمّ للشافعيّ: ج ۵ ص ٢١۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١۶ ب ۶ من أبواب العدد ح ١. و فيه بدل «بالحيض»: بالحيضة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٠٣

لقيامها مقامها. و لضعفهما يشكل إن لم يكن عليه إجماع، و لمّا لم يتضمّن الخبر إلّا الرؤية مرّة اقتصروا عليها.

و لو رأت الدم ثمّ انقطع عنها من غير بلوغها سنّ اليأس، بل كان مثلها تحيض، اعتدّت بثلاثة أشهر إن استمرّ الانقطاع ثلاثة فصاعداً، لما عرفت.

و بالجملة فقد عرفت أنّها تراعى الشهور و الحيض أيّهما سبق خرجت العدّة.

أمّا لو كانت لا تحيض و مثلها تحيض، و اعتدّت بالأشهر و رأت الدم فى الشهر الثالث فقد عرفت أنّها تنتقل إلى الاعتداد بالأقراء.

و لكن إن تأخّرت الحيضة الثانية أو الثالثة صبرت تسعة أشهر من حين الطلاق لتعلم براءة رحمها من الحمل ثمّ اعتدّت بعد ذلك بثلاثة أشهر للاسترابة، لخبر سورة بن كليب قال سئل أبو عبد اللّه (عليه السّلام) عن رجل طلّق امرأته تطليقة «١» على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنّة، و هى ممّن تحيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلّا حيضة واحدة، ثمّ ارتفعت حيضتها حتّى مضت ثلاثة أشهر أُخرى، و لم تدر ما رفع حيضتها، قال: إن كانت شابّة مستقيمة الطمث فلم تطمث فى ثلاثة أشهر إلّا حيضة، ثمّ ارتفع طمثها فلا تدرى ما رفعها، فإنّها تتربّص تسعة أشهر من يوم طلّقها، ثمّ تعتدّ بعد ذلك ثلاثة أشهر، ثمّ تتزوّج بعد ذلك إن شاءت «٢».

و لمّا كان الاعتداد بثلاثة أُخر بعد التسعة خلاف الأصل، اقتصر فيه على ما هو ظاهر الخبر من رؤيتها الدم فى الشهر الثالث. فلو رأته فى الأوّل أو الثانى، احتمل الاكتفاء بالتسعة، و احتمل المساواة لما رأته فى الثالث، للاشتراك فى احتمال الحمل، بل أولويّتها منها.

و فى رواية عمّار الساباطى أنّها تصبر سنة، ثمّ تعتدّ بثلاثة أشهر

---

(١) فى وسائل الشيعة زيادة: واحدة.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢٣ ب ١٣ من أبواب العدد ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٠۴

قال: سُئل أبو عبد اللّه (عليه السّلام) عن رجل عنده امرأة شابّة و هى تحيض فى كلّ شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة، كيف يطلّقها زوجها؟ فقال: أمر هذه شديد، هذه تطلّق طلاق السنّة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود، ثمّ تترك حتّى تحيض ثلاث حيض، متى حاضتها فقد انقضت عدّتها، قلت له: فإن مضت سنة و لم تحض فيها ثلاث حيض، قال: تتربّص بها بعد السنة ثلاثة أشهر، ثمّ قد انقضت عدّتها، قلت: فإن ماتت أو مات زوجها، قال: فأيّهما مات ورثه صاحبه ما بينه و بين خمسة عشر شهراً «١».

و نزّلها قوم منهم: الشيخ فى النهاية «٢» و ابنا حمزة «٣» و البرّاج «۴» و يحيى بن سعيد «۵» على احتباس الدم الثالث لنصوصيّة الأوّل فى احتباس الثانى، و إنّما قيل فى هذه: إنّها لم تحض فى السنة ثلاثاً، و لأنّه مناسب للاعتبار فإنّها عند احتباس الثانى تتربّص تسعة أشهر للحمل. و ثلاثة للعدّة كما هو قضيّة الخبر الأوّل، و ذلك إن لم تَرَ دماً فى الثلاثة بعد التسعة، فإن رأت دماً فى آخر الثلاثة أى آخر السنة لم يكن بدّ من التربّص ثلاثة أُخرى لتمرّ، عليها بيضاً، أو مع الدم الثالث، فليحمل الخبر الثانى عليه،

فإنّ السائل إنّما ذكر أنّها لم تحض فی السنة ثلاثاً، فاندفع ما فی الشرائع من أنّه تحكّم «۶» من غير ابتناء على كون السنة أقصى مدّة الحمل كما فی النكت «۷».

و لم يعتبر ابن إدريس إلّا التسعة أشهر، قال: لأنّ فی ذلک المطلوب من سبق الأشهر البيض الثلاثة أو وضع الحمل، و إنّما ذلک خبر واحد، أورده شيخنا فی نهايته إيراداً لا اعتقاداً «۸».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۲۲ ب ۱۳ من أبواب العدد ح ۱.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۴۸۱.

(۳) الوسيلة: ص ۳۲۶.

(۴) المهذّب: ج ۲ ص ۳۲۰.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۷۱.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۳۶.

(۷) نكت النهاية: ج ۲ ص ۴۸۰.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۷۴۳.

و على كلّ من هذه الأقوال يخالف الحكم فی هذه الصورة ما تبيّن سابقاً من الاعتداد بأيّ الأمرين سبق من الأشهر الثلاثة البيض، أو بالأقراء الثلاثة.

فالملخّص أنّها إن رأت الدم مرّة أو مرّتين ثمّ ارتفعت لليأس، لفّقت بين العدّتين، و إلّا فإن استرابت بالحمل صبرت تسعة أشهر أو سنة أو خمسة عشر شهراً، و إلّا اعتدّت بأسبق الأمرين.

و قريب منه قول القاضی: إذا كانت المرأة ممّن تحيض و تطهر و تعتدّ بالأقراء إذا انقطع عنها الدم لعارض من مرض أو رضاع لم تعتدّ بالشهور، بل تتربّص حتّى تأتی بثلاثة قروء و إن طالت مدّتها، و إن انقطع لغير عارض و مضى لها ثلاثة أشهر بيض لم تَرَ فيها دماً فقد انقضت عدّتها، و إن رأت الدم قبل ذلک ثمّ ارتفع حيضها لغير عذر أضافت إليها شهرين، و إن كان لعذر صبرت تمام تسعة أشهر ثمّ اعتدّت بعدها بثلاثة أشهر، فإن ارتفع الدم الثالث صبرت تمام سنة ثمّ اعتدّت بثلاثة أشهر بعد ذلک «۱».

[المطلب الثانی فی ذوات الشهور]

المطلب الثانی فی ذوات الشهور الحرّة التی لا تحيض، و هی فی سنّ من تحيض، المدخول بها تعتدّ من الطلاق و الفسخ و من وطء الأجنبيّ إن كان الوطء عن شبهة بثلاثة أشهر اتّفاقاً، و للنصوص من الكتاب «۲» و السنّة «۳».

فإن طُلّقت فی أوّل الهلال بأن انطبق آخر لفظ الطلاق على الغروب ليلة الهلال اعتدّت بالأهلّة اتّفاقاً، لانصراف الشهر إلى الهلالیّ فی عرف الشرع، بل و فی العرف العامّ نقصت أو كملت.

و إن طُلّقت فی أثناء الشهر اعتدّت بهلالين بعد مضیّ ما بقی من الأوّل الّذی وقع فيه الطلاق ثمّ أخذت من الثالث و هو رابع ما وقع فيه الطلاق كمال ثلاثين على رأی كما تقدّم فی أجل السلف، لإمكان الهلاليّة فی الشهرين و تعذّره فی الباقی، فينصرف إلى العددیّ.

(١) المهذّب: ج ٢ ص ٣٢٠.

(٢) الطلاق: ۴.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١٢ ۴١٣ ب ۴ من أبواب العدد ح ٧ ٩.

و فيه قولان آخران:

الأوّل: اعتبار العدديّ في الجميع، لأنّه يُكْمل الأوّل من الثاني فينكسر، و يُكْمل من الثالث فينكسر، فيُكْمل من الرابع.

و الآخر: اعتبار الهلاليّ في الجميع، لإمكان اعتباره و عدم الفوت من الشهر الأوّل إلّا من أوّله، و هو الّذي يجب تداركه من الرابع.

و لو انقضت العدّة و نكحت آخر فارتابت بالحمل من الأوّل لم يبطل النكاح لأصل الصحّة و انتفاء الحمل، خصوصاً بعد مضيّ ثلاثة أشهر، فإنّها مدّة يستبين فيها الحمل إن كان، و لذا ضربت مدّة للعدّة كما نطق به نحو خبر محمّد بن حكيم عن الكاظم (عليه السّلام) قال له: المرأة الشابّة التي تحيض مثلها يطلّقها زوجها فيرتفع طمثها ما عدّتها؟ قال: ثلاثة أشهر، قال: جعلت فداك فإنّها تزوّجت بعد ثلاثة أشهر فتبيّن بعد ما دخلت على زوجها أنّها حامل، قال: هيهات من ذلك يا بن حكيم، رفع الطمث ضربان: إمّا فساد من حيضة فقد حلّ لها الأزواج و ليست بحامل، و إمّا حامل فهو يستبين في ثلاثة أشهر، لأنّ اللّه تعالى قد جعله وقتاً يستبين فيه الحمل «١».

و كذا لو ارتابت بالحمل بعد انقضاء العدّة لم تنكح جاز نكاحها لذلك. و أمّا خبر محمّد بن حكيم قال للكاظم (عليه السّلام): «المرأة الشابّة التي تحيض مثلها. يطلّقها زوجها فيرتفع طمثها كم عدّتها؟ قال: ثلاثة أشهر، قال: فإنّها ادّعت الحبل بعد ثلاثة أشهر، قال: عدّتها تسعة أشهر» «٢». فنزّل على الأولويّة و الاحتياط، أو على استبانة الحمل بها بعد الثلاثة.

و لو ارتابت بالحمل قبل الانقضاء لم يجز لها أن تنكح عند الشيخ «٣» و إن انقضت العدّة بالأشهر، لحصول الشكّ في انقضاء العدّة و براءة

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴٢ ب ٢۵ من أبواب العدد ح ۴.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴٢ ب ٢۵ من أبواب العدد ح ٢.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ٢۴٠.

الرحم، و ابتناء النكاح على الاحتياط، و إطلاق نحو قول الكاظم (عليه السّلام) في حسن عبد الرحمن بن الحجّاج: إذا طلّق الرجل امرأته فادّعت حبلًا، انتظر تسعة أشهر، فإن ولدت و إلّا اعتدّت ثلاثة أشهر، ثمّ قد بانت منه «١».

و الأقرب وفاقاً للشرائع «٢» جواز نكاحها إلّا مع يقين الحمل لانقضاء العدّة شرعاً، و أصل انتفاء الحمل، و تأيّده بما عرفت.

و على كلّ تقدير فلا إشكال في أنّه لو ظهر بها حمل من الأوّل بطل نكاح الثاني لظهور وقوعه في العدّة اليقينيّة، فإنّ الأشهر و الأقراء إنّما اعتبرنا لكونهما أمارتين على البراءة، فإذا علم الحمل لم يفيدا شيئاً.

الفصل الثالث في عدّة الحامل من الطلاق و شبهه

اشارة

الفصل الثالث فی عدّة الحامل من الطلاق و شبهه و تنقضی العدّة من الطلاق و الفسخ و وطء الشبهة بوضع الحمل من «۳» الحامل و إن كان بعد الطلاق بلحظة بالنصّ من الكتاب «۴» و السنّة «۵» و الإجماع، و لا اعتداد لها بالأقراء و الأشهُر فی الأشهر، للنصوص، خلافاً للصدوق «۶» و ابن حمزة «۷» فقالا: إنّها تعتدّ بالأقرب من الأشهر و الوضع، إلّا أنّها لا تحلّ للأزواج ما لم تضع و إن بانت بمضیّ الأشهُر، لقول الصادق (علیه السّلام) فی خبر أبی الصباح الكنانی: طلاق الحامل واحدة، و عدّتها أقرب الأجلین «۸».

و هو مع الضعف، و المعارضة بالنصوص الكثیرة من الكتاب و السنّة یحتمل إرادة الوضع بأقرب الأجلین علی أن یكون الأجلان هما الوضع و الأقراء، لكون الأقراء أصلًا بالنسبة إلی الأشهر. و یؤیّده قوله (علیه السّلام) فی صحیح أبی بصیر: طلاق

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۴۱ ۴۴۲ ب ۲۵ من أبواب العدد ح ۱.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۳۶.

(۳) فی قواعد الأحكام بدل «من الحامل»: فی الحامل.

(۴) الطلاق: ۴.

(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۱۷ ب ۹ من أبواب العدد.

(۶) المقنع: ص ۱۱۶.

(۷) الوسیلة: ص ۳۲۵.

(۸) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۱۸ ب ۹ من أبواب العدد ح ۳.

الحبلی واحدة، و أجلها أن تضع حملها، و هو أقرب الأجلین «۱». و نحوه فی حسن الحلبیّ «۲».

و فی الانتصار: أنّه عوّل علی خبر زرارة عن الباقر (علیه السّلام) «۳». فإن كان أشار به إلی ما فی الفقیه من قوله روی زرارة عن أبی جعفر (علیه السّلام) قال: «طلاق الحامل واحدة، فإذا وضعت ما فی بطنها فقد بانت منه «۴». و قال اللّه تبارك و تعالی: «وَ أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ یَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «۵» فإذا طلّقها الرجل و وضعت من یومها أو من غد، فقد انقضی أجلها و جائز لها أن تتزوّج، و لكن لا یدخل بها زوجها حتّی تطهر. و الحبلی المطلّقة تعتدّ بأقرب الأجلین، و إن مضت بها ثلاثة أشهر قبل أن تضع فقد انقضت عدّتها منه، و لكنّها لا تتزوّج حتّی تضع، فإن وضعت ما فی بطنها قبل انقضاء ثلاثة أشهر فقد انقضی أجلها. و الحبلی المتوفّی عنها زوجها تعتدّ بأبعد الأجلین، إن وضعت قبل أن یمضی أربعة أشهر و عشرة أیّام لم تنقض عدّتها حتّی تمضی أربعة أشهر و عشرة أیّام، و إن مضت لها أربعة أشهر و عشرة أیّام قبل أن تضع لم تنقض عدّتها حتّی تضع» «۶». فالظاهر أنّ من قوله: «و قال اللّه تبارك و تعالی» من كلام الصدوق، و یحتمل أن یكون ابتداء كلامه من قوله: «و الحبلی المطلّقة».

[انقضاء العدّة بالوضع شرطان]

اشارة

و له أی لانقضاء العدّة بالوضع، أو للوضع فی انقضائها به شرطان:

[الشرط الأوّل: أن یکون الحمل ممّن له العدّة]

الأوّل: أن یکون الحمل ممّن له العـدّة، أو یحتمل أن یکون منه کولـد اللعان، أمّا المنفیّ قطعاً کولـد الصبیّ أو المنتزح أی البعید عنها أزید من أقصی الحمل، أی کما إذا کان الزوج أو الواطی صبیّاً أو بعیداً عنها، فإنّ الولد منفیّ

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۱۸ ب ۹ من أبواب العدد ح ۲.

(۲) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۱۹ ب ۹ من أبواب العدد ح ۶.

(۳) الانتصار: ۱۴۸.

(۴) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۱۸ ب ۹ من أبواب العدد ح ۱.

(۵) الطلاق: ۴.

(۶) من لا یحضره الفقیه: ج ۳ ص ۳۲۹ باب طلاق الحامل ۱۶۰ ح ۱ و ذیله.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۱۰۹

عنهما قطعاً فلا تنقضـی به أی بوضعه عدّة بل لا بدّ لها من الاعتداد بالأشهُر أو الأقراء، فإنّ الاعتداد بالوضع إنّما هو لبراءة الرحم، و لا مـدخل لبراءته من ولـد غیر المطلّق فی انقضاء عـدّتها منه. و النصوص من الکتاب «۱» و السنّة «۲» و إن عمّت، لکنّ الأسـبق إلی الفهم کون الحمل من المطلّق، فیبقی نصوص الاعتـداد بالأقراء و الأشـهُر علی عمومها «۳». علی أنّ مـا نصّ من الأخبار علی عدم تداخل عدّتی الطلاق و الوطء بشبهة، تدلّ علی الاختصاص «۴» و الظاهر أنّه لا خلاف فی ذلک.

و لو أتت زوجة البالغ الحاضر بولد لدون ستّة أشهر من الدخول لم یلحقه کما عرفت، فلا عبرة فی العدّة بوضعه.

فـإن ادّعت أنّه وطئ قبل العقـد للشـبهة احتمل انقضاء العـدّة به لتحقّق الشـرط، و هو احتمال أن یکون منه و الأقرب العـدم، لأنّه منفیّ عنه شرعاً من أصله لانتفاء الفراش، و لا عبرة بالاحتمال ما لم یستند إلی سبب شرعیّ بخلاف المنفیّ باللعان، فإنّ النسب له ثابت بأصل الشرع بالفراش نعم لو صدّقها انقضت به بلا إشکال.

و لو طلّق الحامل من زنا منه، أو من غیره اعتدّت بالأشهُر لا بوضع الحمل اتّفاقاً و لو کان الحیض یأتیها مع الحمل أو وضعت قبل انقضاء الأشهر اعتدّت بالأقراء و نفاسها معدود من الحیض، و لم یعتبر الوضع لأنّ حمل الزنا کالمعدوم

[الشرط الثانی: وضع ما یحکم بأنّه حمل الشرط]

الثـانی: وضع مـا یحکم بأنّه حمل أی مسـتقرّ فی الرحم: آدمیّ أو مبـدأ له علماً و هو ظاهر أو ظنّاً لقیامه مقام العلم فی الشـرع إذا تعذّر

---

(۱) الطلاق: ۴.

(۲) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۱۷ ب ۹ من أبواب العدد

(۳) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۱۰ ب ۴ من أبواب العدد.

(۴) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۳۴۴ ب ۱۷ من أبواب ما یحرم بالمصاهرة.

العلم، و لأنّها إذا علقت دخلت فى «أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ» و ربّما أسقطت، فإن لم يعتبر الظنّ، لم يكن أجلها الوضع.
فلا عبرة بما يشكّ فيه اتّفاقاً، إذ لا عبرة بمجرّد الاحتمال مع مخالفته الأصل.
و سواء كان الحمل تامّاً أو غير تامّ حتّى المضغة التى لم يكن فيها تخطيط ظاهر و لا خفيّ. و العلقة إذا علم أنّها حمل لشمول الحمل لجميع ذلك، بدليل اللغة و العرف و نصوص تحديد مدّة الحمل من الأخبار «١» و الأصحاب، خلافاً لما يوهمه كلام أبى عليّ «٢» من عدم اعتبار ما دون المضغة.
و لا عبرة بالنطفة وفاقاً لابن حمزة «٣» لعدم العلم باستقرارها، و استعدادها لنُشُوء آدميّ و إن ظنّ، أو علم صلاحيّتها لذلك، للقطع بأنّه لا يكفى و خلافاً للشيخ فاعتبرها أيضاً «۴» و هو خيرة التحرير «۵» و الجامع «۶» لعموم النصوص «٧» و هو ممنوع، لما عرفت.
و قال فى التحرير: لا فرق بين أن يكون الحمل تامّاً أو غير تامّ بعد أن يعلم أنّه حمل و إن كان علقة، سواء ظهر فيه خلق آدميّ من عينين «٨» أو ظفر أو يد أو رجل، أو لم يظهر لكن تقول القوابل: إنّ فيه تخطيطاً باطناً لا يعرفه إلّا أهل الصنعة، أو تلقى دماً متجسّداً ليس فيه تخطيط ظاهر و لا باطن، لكن تشهد القوابل أنّه مبتدأ خلق آدميّ لو بقى ليخلق و تصوّر، أمّا لو ألقت نطفة أو علقة انقضت بها العدّة «٩».
و ظاهره عدم اشتراطه فى النطفة و العلقة العلم أو الظنّ بكونها مبدأ نشوء

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴١ ب ٢۵ من أبواب العدد.
(٢) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۵٢٨.
(٣) الوسيلة: ص ٣٢۵.
(۴) المبسوط: ج ۵ ص ٢۴٠.
(۵) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٧١ س ٢٧.
(۶) الجامع للشرائع: ص ۴٧١.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢١ ب ١١ من أبواب العدد.
(٨) فى تحرير الأحكام بدل «عينين»: عين.
(٩) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٧١ س ٢۴.

آدميّ، و هو ظاهر المبسوط أيضاً «١». و لعلّ الوجه فيه أنّ النطفة مبدأ مطلقاً شرعاً، و أنّ العلقة إنّما أُريد بها الدم الجامد المتكوّن من النطفة كما فسّرت به فى بعض كتب اللغة. و ظاهر أنّه مبدأ له البتّة، و عبّر عن الدم الجامد الّذى لا يعلم بكونه من النطفة بالدم المتجسّد الخالى عن التخطيط.
و لو وضعت أحد التوأمين بانت من الأوّل، و لم تنكح غيره إلّا بعد وضع الأخير عند الشيخ فى النهاية «٢» و ابنى حمزة و البرّاج «٣» لأنّ عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه سأل الصادق (عليه السلام) عنها فقال: تبين بالأوّل، و لا تحلّ للأزواج حتّى تضع ما فى بطنها «۴» و للاحتياط، للشكّ فى صدق الوضع بوضع أحدهما.
و أطلق أبو على انقضاء العدّة بوضع أحدهما «۵» و وجهه صدق الحمل عليه، و وضعه على وضعه.

و الأقرب وفاقاً للخلاف «۶» و المبسوط «۷» و السرائر «۸» و الشرائع «۹» و متشابه القرآن لابن شهرآشوب «۱۰» تعلّق البينونة بوضع الجميع للأصل، و ضعف الخبر، و لأنّ أحدهما بعض الحمل، و المفهوم من الوضع وضع الكلّ، و لأنّ الحكمة فى الاعتداد استبراء الرحم، و لا تبرأ إلّا بوضعهما.

و أقصى مدّةٍ بين التوأمين ما دون ستّة أشهر بلحظة، لأنّها أدنى مدّة الحمل، و مثل هذه المسامحة غير عزيز فى كلامهم.

و لا تنقضى العدّة بانفصال بعض الولد لأنّها لم تضع حملها فلو ماتت بعد خروج رأسه ورثها الزوج لموتها فى العدّة.

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۰.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۴۴۳.

(۳) الوسيلة: ۳۲۵، المهذّب: ج ۲ ص ۲۸۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۲۰ ب ۱۰ من أبواب العدد ح ۱.

(۵) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۵۱۹.

(۶) الخلاف: ج ۵ ص ۶۰ مسألة ۸.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۱.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۶۸۹.

(۹) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۳۷.

(۱۰) متشابه القرآن: ج ۲ ص ۲۰۰.

و لو خرج منه أى الولد قطعة منفصلة كَيدِه، لم يحكم بالانقضاء حتّى تضع الجميع لذلك.

و على القول بالانقضاء بوضع أحد التوأمين لا يقاس عليه وضع بعض الأعضاء المنفصلة، لانتفاء النصّ هنا، و عدم التردّد فى عدم صدق الحمل و وضعه.

و لكن لو خرج ما يصدق عليه اسم الآدمىّ لكن ناقصاً منه عضو كَيدٍ علم بقاؤها لا أنّه خلق ناقصاً فالأولى الانقضاء لأنّ الحمل هو الآدمىّ أو مبدؤه، و هو هنا الآدمىّ، و هو صادق على الخارج، و الأعضاء إن اعتبرت فبالتبع. و يحتمل العدم، لتبادر وضع الكلّ و لم يضع الكلّ حينئذٍ، و لأنّ الوضع للبراءة و لا براءة، و هو خيرة الإيضاح «۱».

و لو طُلّقت فادّعت الحمل قُبل منها، لأنّها مأمونة على العدّة و صبر عليها أقصى مدّة الحمل و هو هنا سنة تسعة أشهر للحمل، و ثلاثة للعدّة على رأى وفاقاً للنهاية «۲» لقول الكاظم (عليه السّلام) فى صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج: إذا طلّق الرجل امرأته فادّعت حبلًا انتظر تسعة أشهر، فإن ولدت و إلّا اعتدّت ثلاثة أشهر، ثمّ قد بانت منه «۳». و لما مرّ من خبر سورة بن كليب فى ذات الأقراء إذا تأخّرت حيضتها الثانية «۴». و نحو قول الكاظم (عليه السّلام) لمحمّد بن حكيم: إنّما الحمل تسعة أشهر قال: فتتزوّج؟ قال تحتاط بثلاثة أشهر «۵».

ثمّ لا يقبل دعواها كما نطقت به الأخبار «۶» لتجاوز أقصى الحمل و زيادة.

و قيل فى السرائر: يكفى مضىّ تسعة أشهر لما مرّ من أنّها تأتى

---

(۱) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۳۴۶.

(٢) النهاية: ج ٢ ص ۴٨۴.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴١ ب ٢۵ من أبواب العدد ح ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٢٣ ب ١٣ من أبواب العدد ح ٢.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴٢ ب ٢۵ من أبواب العدد حديث ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴١ ب ٢۵ من أبواب العدد.

على الحمل و انقضاء ثلاثة أشهر بيض «١» و هو قويّ من حيث الاعتبار، لكنّ الأوّل هو المعتمد، للأخبار «٢» من غير معارض.

و لو طلّق رجعيّاً ثمّ مات في العدّة استأنفت عدّة الوفاة بلا خلاف كما في المبسوط «٣» لعموم الآية «۴» و الأصل، و لأنّها في حكم الزوجة، و للأخبار «۵» و إن قصرت عن الباقي عليها من عدّة الطلاق كالمسترابة مع بقاء أكثر من أربعة أشهر و عشر عليها على إشكال: من عموم الأخبار. و من عموم أدلّة اعتداد المسترابة، و عدم اقتضاء الآية و الأخبار إلّا تربّص المتوفّى عنها زوجها أربعة أشهر و عشراً و هو لا ينافي التربّص أزيد، مع الأصل و الاحتياط، و تعلّق العدّة السابقة بذمّتها، مع الجهل. يكون الموت فاسخاً لها، و كون الحكمة هي الاستبراء.

و قد يحتمل الاعتداد أربعة و عشراً بعد تمام التسعة أو السنة بناءً على أنّ عدّتها ما بعد العلم بالبراءة من الحمل، فإنّه يحصل من التسعة أو السنة، و لمّا تُوفّى عنها زوجُها كانت عدّتها الأربعة مع العشر فتعتدّ بها، فقد جمعت بين أدلّة عدّتي المسترابة و المُتوفّى عنها.

و فيه: أنّ الاعتداد بعد يقين البراءة خلاف الأصل، فيقتصر على موضع الدليل.

و لو كان الطلاق بائناً لم يعتبر الوفاة، و لا اعتدّت عدّتها بل أتمّت عدّة الطلاق و كفتها، لخروجها عن الزوجيّة، فلا يشملها النصوص. و خبر عليّ بن إبراهيم عن بعض أصحابنا في المطلّقة البائنة إذا تُوفّى عنها زوجُها و هي في عدّتها، قال: تعتدّ بأبعد الأجلين «۶» متروك، للقطع و الإرسال، أو محمول على الاستحباب.

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٧۴٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴١ ب ٢۵ من أبواب العدد.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ٢٧٧.

(۴) البقرة: ٢٣۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۶٣ ب ٣۶ من أبواب العدد.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۶۴ ب ٣۶ من أبواب العدد ح ۶.

و لو كان له زوجتان فصاعداً، فأبان واحدة، و كان البائن مبهماً و مات قبل التعيين و لم تعتبر القرعة اعتدّت الحامل بأبعد الأجلين من أجلَي الحمل و الوفاة، و غيرها بأبعد الأجَلين من أجَلَي الطلاق كالمسترابة أي كطلاقها، أو كأجَل طلاقها إن بقي عليها أكثر من أربعة أشهر و عشر و الوفاة للاستصحاب و الاحتياط.

[و هنا ثمانية فروع]

اشارة

فروع ثمانية:

[الفرع الأول]

الأوّل: لو أتت المطلّقة بولد لأقلّ من أقصى الحمل، أو له، و الاقتصار على الأقلّ، لندرة المطابقة، و هو كما عرفت سَنَة أو تسعة أشهر أو عشرة. فإن لم تنكح زوجاً غيره لحق الولد به و هو ظاهر، ثمّ إن كانت بائنة حسبت السنة من وقت الطلاق بلا إشكال، لحرمة الوطء بعده و كذا إن كانت رجعيّة حسبت السنة من وقت الطلاق، لا من وقت انقضاء العدّة خلافاً للمبسوط «۱» على إشكال: من زوال النكاح بالطلاق فيزول الفراش، و لذا لو وطئها لا بنيّة الرجعة كان حراماً.

و من إباحة الوطء فى عدّتها فيكون رجعة، و بقاء لوازم النكاح من التوارث و وقوع الظهار و الإِيلاء، و بقاء المعلول دليل على بقاء العلّة، فالنكاح باق، فكذا الفراش.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو نكحت المطلّقة غيره ثمّ أتت بولد لزمانٍ يحتمل التكوّن من الزوجين بأن لا يتجاوز الأقصى من الأوّل، و لا ينقص عن الأقلّ من الثانى لحق بالثانى إن كان النكاح صحيحاً إذ لو ألحقناه بالأوّل أبطلنا النكاح الثانى و لا سبيل إلى بطلان الصحيح بمجرّد الاحتمال مع المخالفة للأصل، و الأخبار، و زوال الفراش الأوّل و ثبوت الثانى، و قد مرّ احتمال القرعة و أنّها مذهب الشيخ.

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۱۱۵

و إن كان فاسداً مع الاشتباه عليه أُقرع عندنا كما فى المبسوط «۱» لتساوى الاحتمالين، و أصالة انتفاء النسب عن كلّ منهما، مع انتفاء الفراش و صحّة النكاح عن الثانى.

و مدّة احتمال التولّد من الثانى تحسب من الوطء لا من العقد الفاسد لأنّه السبب للإلحاق لا العقد لانتفاء الفراش به.

و عدّة النكاح الفاسد تبتدئ بعد التفرّق بانجلاء الشبهة لا بعد آخر وطئه قبل الانجلاء أو بعده على إشكال بالنسبة إلى ما قبل الانجلاء من الوطء لا ما بعده، فإنّه حينئذٍ زانٍ لا عدّة منه. و ينشأ: من أنّ الشبهة ما كانت بمنزلة النكاح الصحيح، و الإنجلاء بمنزلة الفراق.

و من أنّه لمّا تبيّن فساده، تبيّن أنّ وطأها كان وطئاً للأجنبيّة، فتعتدّ منه، و هو الأقوى.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو وطئت امرأة بالشبهة «۲» و لحق الولد بالواطئ لبعد الزوج عنها بحيث لا يمكن إلحاق الولد به ثمّ طلّقها الزوج اعتدّت منهما عدّتين، و لمّا حملت من الواطئ اعتدّت أوّلًا بالوضع من الوطء «۳» ثمّ استأنفت عدّة الطلاق بعد الوضع فإنّ عدّة الحامل لا تقبل التأخير.

[الفرع الرابع]

الرابع: لو اتّفق الزوجان على زمان الطلاق و اختلفا فى وقت الولادة هل كان قبله أو بعده؟ كأن اتّفقا على كون الطلاق فى الجمعة، و اختلفا فى أنّ الولادة فى الخميس أو السبت قدّم قولها مع اليمين، لأنّه اختلاف فى وقت فعلها و قولها فى أصل الفعل مقدّم، فكذا فى وقته.
و لو اتّفقا على زمان الوضع و اختلفا فى وقت الطلاق هل كان قبل الوضع أو بعده، قدّم قوله مع اليمين لأنّه اختلاف فى وقت فعله كذا فى المبسوط «۴» «۵».

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۶ و ۲۴۷.
(۲) فى قواعد الأحكام بدل «بالشبهة»: للشبهة.
(۳) فى قواعد الأحكام بدل «من الوطء»: من الواطئ.
(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۱.
(۵) فى ط زيادة: و غيره.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۱۱۶
و فيه إشكال: من حيث إنّ الأصل عدم الطلاق و الوضع، فكان قول منكرهما مقدّماً و الرجوع إليهنّ فى العدّة إنّما هو إذا تعيّنت العدّة، بل و إذا لم يدّع الزوج العلم بكذبها، و لذا حكم فى المبسوط «۱» و غيره بأنّهما إذا تداعيا مطلقاً فيقول الزوج: «لم تنقض عدّتكِ بالوضع فعليكِ الاعتداد بالأقراء» و تقول: «انقضت عدّتى بالوضع» فالقول قوله. و فى المبسوط: لأنّ الأصل بقاء العدّة «۲».

[الفرع الخامس]

الخامس: لو أقرّت بانقضاء العدّة ثمّ جاءت بولدٍ لستّة أشهر فصاعداً منذ طلّقها، قيل فى المبسوط لا يلحق به الولد إذا أتت به لأكثر من ستّة أشهر من وقت انقضاء العدّة «۳» لقبول قولها فى العدّة و هو يستلزم الخروج عن الفراش المستلزم لانتفاء الولد، مع أصالة التأخّر و اعتباره الانقضاء فى ابتداء المدّة، لما تقدّم منه من أنّها فى العدّة فراش.
و يحتمل وفاقاً للشرائع «۴» الإلحاق به إن لم يتجاوز أقصى الحمل من الطلاق أو انقضاء العدّة و «۵» لم تكن ذات بعل حملًا للولادة على أصلها، و هى الكائنة من النكاح الصحيح، و طرحاً لخبرها بالانقضاء مع ظهور المعارض، و كونه إقراراً فى حقّ الغير.

[الفرع السادس]

السادس: لو ادّعت تقدّم الطلاق على الوضع مثلًا فقال: لا أدرى لم يكن ذلك جواباً عن قولها و لا معارضة فعليه يمين الجزم أو النكول أى يلزم بأن يجزم بالتأخّر، فإن فعل و حلف عليه كان القول قوله، و إلّا حكم عليه بالنكول، و لم يكن له الرجعة، و كان لها التزوّج بمن شاءت.
و كذا لو جزم الزوج بالتأخّر فقالت: لا أدرى فله الرجعة، و لا تقبل دعواها مع الشكّ بل عليها الجزم أو النكول، و الوجه ظاهر، فإنّ الشكّ لا يعارض الجزم.

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۱.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۱.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۲۴۷.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۳۸.

(۵) فی قواعد الأحكام: أو.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١١٧

[الفرع السابع]

السابع: لو رأت الدم على الحبل لم تنقض عدّتها من صاحب الحمل و لا- من غيره بتلك الأقراء جعلنا الدم حيضاً أم لا لأنّ النصوص ناطقة بأنّ «أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «۱».

و السرّ فيه أنّ المقصود من اعتبار الأقراء براءة رحمها، و هذه الأقراء لم تدلّ عليها.

و قد يتوهّم: أنّه يأتی على ما اختاره الصدوق «۲» و ابن حمزة «۳»: من اعتبار الأشهر إن انقضت قبل الوضع، كما عرفت اعتبار الأقراء أيضاً إن كان متمسَّكه فی ذلك الجمعَ بين نصّي: «أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ» و «ذوات الأشهر» لجريان مثله هنا. و هو ممنوع، إذ ليس فی ذوات الأقراء إلّا التربّص ثلاثة قروء، و هو لا ينفی الزائد، و التمسّک به فی اعتبار الأشهر أيضاً ضعيف جدّاً، فإنّ سياق الآية نصّ فی تخصيص الحامل من ذوات الأشهر.

[الفرع الثامن]

الثامن: لو وضعت ما يشتبه حاله حُكِمَ بقول أربعٍ من القوابل الثقات فإنّه ممّا يعسر اطّلاع الرجال عليه غالباً فإن حكمن بأنّه حمل، انقضت العدّة و إلّا فلا إلّا أن يحكم به رجلان أو رجل و امرأتان.

الفصل الرابع فی عدّة الوفاة

اشارة

الفصل الرابع فی عدّة الوفاة نطقت النصوص «۴» و الأصحاب جميعاً بأنّه تعتدّ الحرّة لوفاة زوجها بالعقد الدائم إن كانت حائلًا بأربعة أشهرٍ و عشرة أيّام، صغيرةً كانت أو كبيرةً، مسلمةً أو ذمّيّةً، دخل بها الزوج أو لا، صغيراً كان أو كبيراً، حرّا أو عبداً، سواء كانت من ذوات الأقراء أو لا و لا عمل على ما فی خبر عمّار: من أنّه لا عدّة عليها إن لم يدخل بها «۵».

(۱) الطلاق: ۴.

(۲) المقنع: ص ۳۴۶.

(۳) الوسيلة: ص ۳۲۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۵۱ ب ۲۰ من أبواب العدد.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۶۲ ب ۳۵ من أبواب العدد ح ۴. و فيه: محمّد بن عمر الساباطيّ.

و لا يشترط عندنا أن تحيض حيضة فى المدّة لإطلاق الكتاب «۱» و السنّة «۲». و للعامّة قول به «۳» و آخر باشتراط أن ترى فيها الحيض كما اعتادته «۴».

و الشهور تعتبر بالأهلّة ما أمكن فإنّها المعروفة شرعاً و عرفاً و لا تعتبر بالأيّام إلّا أن ينكسر الشهر الأوّل بأن يكون الباقى من الشهر المتوفّى فيه الزوج أكثر من عشرة أيّام و عند الانكسار يحسب ثلاثة أشهر هلاليّة و يُكْمل الشهر الأوّل ثلاثين يوماً أو يحسب الكلّ ثلاثين على الخلاف المتقدّم، و قد عرفت أنّ فيه وجهاً باعتبار الهلاليّة فى الجميع.

و تبين بغروب الشمس من اليوم العاشر للاتّفاق على أنّ المراد بالعشر، عشر ليال و عشرة أيّام، خلافاً للأوزاعى فأبانها بطلوع الفجر العاشر «۵».

و لو كانت لا تعلم بالشهور كأن كانت عمياء و لم يتّفق لها من يخبرها اعتدّت بمائةٍ و ثلاثين يوماً استصحاباً للعدّة و الأهلّة.

و الحامل تعتدّ بأبعد الأجلين من وضع الحمل و مضىّ أربعة أشهر و عشرة [أيّام] بالإجماع و الأخبار «۶» و الجمع بين آيتى المتوفّى عنها و أُولات الأحمال، و لكنّ الظاهر أنّ آية: «أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ» فى المطلّقات، و خالفت العامّة فأبانوها بالوضع و لو لمحة بعد وفاته «۷».

و يجب عليها الحِداد بالنصوص «۸» و الإجماع ممّن عدا الشعبىّ «۹» و الحسن البصرى «۱۰» حاملًا كانت أو حائلًا، صغيرة أو كبيرة [مسلمة

---

(۱) البقرة: ۲۳۴.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۵۱ ب ۳۰ من أبواب العدد.

(۳) شرح فتح القدير: ج ۴ ص ۱۴۱.

(۴) المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۱۰۷.

(۵) شرح فتح القدير: ج ۴ ص ۱۴۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۵۱ ب ۳۰ من أبواب العدد.

(۷) الامّ: ج ۵ ص ۲۲۴.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۹ ب ۲۹ من أبواب العدد.

(۹) الخلاف: ج ۵ ص ۷۲ مسألة ۲۶.

(۱۰) الخلاف: ج ۵ ص ۷۲ مسألة ۲۶

أو ذمّية] لعموم الأخبار «۱». فيجنّب الولىّ الصغيرة ممّا على الكبيرة تجنّبه، و نفى عنه الخلاف فى الخلاف أوّلًا، ثمّ ذكر خلاف أبى حنيفة «۲» و تردّد فيه ابن إدريس «۳» و المصنّف فى المختلف «۴» من ذلك. و من أنّه تكليف لا يتوجّه إلى الصغار، و تكليف الولىّ غير معلوم، و لا مفهوم من أمرها بالإحداد، و هو الأقوى، وفاقاً للجامع «۵». و يؤيّده أنّ الظاهر أنّ السرّ فيه أن لا يُرغب فيها، و لا رغبة بالصغيرة.

و فى الأمة إشكال: من عموم الفتوى، و قوله (عليه السّلام): «لا يحلّ لامرأة تؤمن باللّه و اليوم الآخر أن تحدّ على ميّت فوق ثلاث ليالٍ إلّا على زوج أربعة أشهر و عشراً» «۶» و هو خيرة المبسوط «۷» و السرائر «۸» و ظاهر المفيد «۹» و الحسن «۱۰» و التقىّ «۱۱» و سلّار «۱۲» و ابنى: زهرة «۱۳» و حمزة «۱۴» حيث أطلقوا.

و من الأصل، و قول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح زرارة: أنّ الأمة و الحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجاهما سواء فى العدّة، إلّا أنّ الحرّة تُحدّ و الأمة لا تُحدّ «۱۵» و هو خيرة النهاية «۱۶» و الكامل «۱۷» و المهذّب «۱۸» و الجامع «۱۹» و الشرائع «۲۰» و النافع «۲۱»

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۹ ب ۲۹ من أبواب العدد.

(۲) الخلاف: ج ۵ ص ۷۳ مسألة ۲۸.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۹.

(۴) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۹۶.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۷۲.

(۶) عوالى اللآلى: ج ۲ ص ۱۴۳ ح ۴۰۰. و فيه: أكثر من ثلاثة أيّام.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۲۶۵.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۵.

(۹) المقنعة: ص ۵۳۵.

(۱۰) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۹۶.

(۱۱) الكافى فى الفقه: ص ۳۱۳.

(۱۲) المراسم: ص ۱۶۵.

(۱۳) غنية النزوع: ص ۳۸۵.

(۱۴) الوسيلة: ص ۳۲۹.

(۱۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ من أبواب العدد ح ۲. و التهذيب: ج ۸ ص ۱۵۳ باب عدد النساء ح ۱۲۸.

(۱۶) النهاية: ج ۲ ص ۴۹۱.

(۱۷) حكاه عنه فى مختلف الشيعة ج ۷ ص ۴۹۶.

(۱۸) الموجود فيه خلاف ذلك، راجع المهذّب: ج ۲ ص ۳۳۱.

(۱۹) الجامع للشرائع: ص ۴۷۲.

(۲۰) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۳۸.

(۲۱) المختصر النافع: ص ۲۰۱.

و المختلف «۱» و الإرشاد «۲» و التلخيص «۳». و يؤيّده أنّ الخبر النبوى لم يصل إلينا مسنداً، و إنّما الشيخ رواه مرسلًا، كذا فى المختلف، و تعجّب فيه من ابن إدريس، و شدّد النكير عليه حيث ترك مقتضى العقل، و هو أصل البراءة، و ما تضمّنته الرواية الصحيحة، و عوّل على هذا الخبر المقطوع مع ادّعائه أنّ الخبر الواحد المتّصل لا يعمل به فكيف المرسل؟

و هو أى الحِداد ترك الزينة فى الثياب و البدن من الحدّ بمعنى المنع يقال: حدّت حداداً، و أحدّت إحداداً إذا تجنّب ذلك و من ذلك الادهان المقصود بها الزينة لترجيل الشعر و تحسينه أو لكونها من الطيب و التطيّب مثل: استعمال الطيب فى البدن و الثوب و حمله من غير استعمال له فيهما و الصبغ فى الثوب إلّا الأسود و الأزرق لبعدهما غالباً عن الزينة و لو فرض التزيّن بهما أو بالأبيض كان فى حكم المصبوغ بغيرهما، و إنّما أفرد الثلاثة بالذكر إيضاحاً، لأنّها ربّما لا يفهم من الزينة.

و لا تمسّ طيباً بحيث يبقى عليها أثره و إن كان بمجرد المسّ.

و لا تدهن فى شعرها و غيره بمطيّب كدُهن الورد و البنفسج و شبههما، و لا بغيره فى الشعر لترجيله و تحسينه له، حتّى إن كانت لها لحية لم يجز لها أن تَدْهِنها كما فى المبسوط «۴» و يجوز فى غيره لانتفاء التزيّن به حينئذٍ.

و لا تختضب بالحِنَّاء أو غيره فى يديها و لا فى رجليها، و لا بالسواد فى حاجبيها، و لا تُخضّب رأسها بالسواد أو الحِنَّاء.

و لا تستعمل نحو الإسفيداج فى الوجه، و لا تكتحل بالسواد، و لا بما فيه زينة من غيره، كانت الزينة من لونه أو غيره، ففى المبسوط: إنّهنّ

---

(۱) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۹۷.

(۲) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۴۸.

(۳) التلخيص (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ۳۹ ص ۵۰۴.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۲۶۳.

يكتحلن بالصبر، لأنّه يحسّن العين و يطرّى الأجفان. قال: فالمعتدّة ينبغى أن تتجنّبه، لما روت أُمّ سلمة أنّ النبى (صلّى اللّه عليه و آله) قال لها: استعمليه ليلًا و امسحيه نهاراً «۱».

و يجوز الاكتحال بما ليس فيه زينة كالتوتياء، و لو احتاجت إلى الاكتحال بالسود للعلّة جاز ليلًا إن اندفعت به الحاجة فإن تمكّنت من مسحه بالنهار وجب، و لا تتحلّى بالذهب، و لا بالفضّة و لا بغيرهما من الجواهر و غيرها ممّا يكون زينة لهنّ.

و لا تلبس الثياب الفاخرة، و المراد بها كلّ ما فيه زينة.

فى المبسوط: و أمّا الأثواب ففيها زينتان: إحداهما: تحصل بنفس الثوب، و هو ستر العورة و سائر البدن، قال تعالى: «خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ» «۲». و الزينة الأُخرى، تحصل بصبغ الثوب و غيره، فإذا أُطلق فالمراد به الثانى، و الأوّل غير ممنوع منه للمعتدّة و إن كان فاخراً، مثل: المروىّ المرتفع و السابورىّ و الدبيقىّ و القصب الصقلىّ و غير ذلك ممّا يتّخذ من قطن و كَتّان و صوف و وبر، و أمّا ما يتّخذ من الإبريسَم قال قوم: ما يتّخذ منه من غير صبغ جاز لبسه، و ما صبغ لم يجز، و الأولى تجنّبه على كلّ حال، و أمّا الزينة التى تحصل بصبغ الثوب فعلى ثلاثة أضرب: ضرب يدخل على الثوب لنفى الوسخ عنه كالكحلى «۳» و السواد، فلا تمنع المعتدّة من لبسه، لأنّه لا زينة فيه و فى معناه الديباج الأسود. و الثانى: ما يدخل على الثوب لتزيينه كالحمرة و الصفرة «۴» و غير ذلك، فتمنع المعتدّة من ذلك، لأنّه زينة، و أمّا الضرب الثالث: فهو ما يدخل على الثوب و يكون متردّداً بين الزينة و غيرها مثل أن يصبغ أخضر و أزرق، فإن كانت مُشبِعة تضرب إلى السواد لم تمنع منها، و إن كانت صافية تضرب إلى الحمرة منع منها و الزرقة كالخضرة انتهى «۵».

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۶۴.

(۲) الأعراف: ۳۱.

(۳) فى المبسوط: كالكحل.

(۴) فى ن، ق: كالصفرة و الخضرة.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ۲۶۴ ۲۶۵.

و لا يحرم عليها التنظيف لبدنها أو ثوبها و لا دخول الحمّام و لا تسريح الشعر و لا السواك و لا قلم الأظفار لخروج التجنّب عنها عن مفهوم الحداد، و لعموم استحبابها شرعاً و لا- السكنى فى أطيب المساكن و أزينها و لا- فرش أحسن الفرش، و لا- تزيين أولادها و خدمها لأنّ الإحداد إنّما يتعلّق بنفسها فى ثوبها أو بدنها.

[و هنا فروع ستة]

اشارة

فروع ستّة:

[الفرع الأول]

الأوّل: لو مات الزوج فى عقدٍ فاسدٍ لم تعتدّ عدّة الوفاة لانتفاء الزوجيّة، و إن لم يعلما بالفساد إلى الوفاة بل تعتدّ مع الدخول مع الشبهة عدّة الوطء للشبهة بالوضع، أو بالأقراء، أو بالأشهر، و إلّا يكن دخل بها فلا عدّة عليها، و كذا إن علما بالفساد و زنيا بالجماع.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو طلّق المريض بائناً ثمّ مات بمرضه ذلك و هى فى العدّة ورثت لما مرّ من أنّها ترثه إلى سنة ما لم تتزوّج و أكملت عدّة الطلاق و لا تنتقل إلى عدّة الوفاة، بخلاف الطلاق الرجعىّ لما تقدّم من «۱» الاستشكال فى الثانية دون الاولى.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو طلّق إحدى امرأتيه و مات قبل التعيين أو عيّنه أى الطلاق أو محلّه و اشتبه فإن لم يكن دخل بهما اعتدّتا معاً للوفاة من باب المقدّمة و إن كان قد دخل بهما و حملتا اعتدّتا بأبعد الأجلين من الحمل، و الأربعة أشهر و عشر لذلك و إن لم تحملا اعتدّتا عدّة الوفاة إن كانتا من ذوات الشهور.

و لو كانتا من ذوات الأقراء اعتدّتا بأبعد الأجلين من مضىّ الأقراء و عدّة الوفاة للاستصحاب على التقديرين و لو كان الطلاق لهما رجعيّاً اعتدّتا للوفاة خاصّة، لما عرفت من الانتقال.

---

(۱) فى ن، ق: مع.

و إذا اعتدّتا بأبعد الأجلين فابتداءُ عدّة الوفاة من حين الموت و ابتداء عدّة الطلاق من وقته، إن كان قد طلّق معينةً ثمّ اشتبه، حتّى لو مضى عليهما من وقت الطلاق قرء، اعتبر وُجود قرءين في عدّة الوفاة أو بعدها و إن كان الموت عقيب الطلاق قبل الحيض اعتبر ثلاثة أقراء فيها أو بعدها.

و إن كان قد طلّق واحدة غير معيّنة و مات قبله أي التعيين فإن قلنا: الطلاق من حين وقوعه فكالأوّل، و إن قلنا: من حين التعيين اعتبر ابتداء الأقراء من وقت الموت، لعدم التعيين قبله، و يحتمل عدم اعتبار الأقراء حينئذٍ أصلًا، لعدم تماميّة الطلاق و لو عيّن قبل الموت انصرف الطلاق إلى المعيّنة.

[الفرع الرابع]

الرابع: لا حِداد على غير الزوجة المتوفّى عنها كالمطلّقة بائناً و رجعيّاً، و الأمة فارقها مولاها بموت أو تزويج أو إخراج عن ملك و إن كانت أُمّ ولد من مولاها و إن أعتقها، و لا الموطوءة بالشبهة و لا بالنكاح الفاسد و لا المفسوخ نكاحها و إن توفّى عنهنّ، للأصل من غير معارض، و الإجماع، و نحو قول الصادق (عليه السّلام) في خبر زرارة: المطلّقة تكتحل و تختضب و تطيب و تلبس ما شاءت من الثياب، لأنّ اللّه عزّ و جلّ يقول: «لَعَلَّ اللّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْراً» «١» لعلّها أن يقع في نفسه فيراجعها «٢». و حمل قول عليّ (عليه السّلام) في خبر مسمع بن عبد الملك: «المطلّقة تحدّ كما تحدّ المتوفّى عنها زوجها و لا تكتحل و لا تختضب و لا تمتشط» «٣» على الاستحباب في الطلاق البائن.

[الفرع الخامس]

الخامس: لو تركت الإحداد «۴» في العدّة احتسب بعدّتها و إن

---

(١) الطلاق: ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٣٧ ب ٢١ من أبواب العدد ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٣٨ ب ٢١ من أبواب العدد ح ۵.

(۴) في قواعد الأحكام: الحِداد.

فعلت محرّماً بترك الإحداد في المشهور، للأصل. و عموم «فَإِذٰا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلٰا جُنٰاحَ عَلَيْكُمْ فِيمٰا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ» «١». خلافاً للتّقيّ «٢» و السيّد الفاخر «٣» لأنّه كيفيّة للاعتداد منهيّة، و هو عبادة فتفسد. و المقدّمة الأُولى ممنوعة.

[الفرع السادس]

السادس: لا يجب الإحداد في موت غير الزوج على رجل و لا امرأة و لا يحرم عليها و لا عليه الحداد في موت غير الزوج أكثر من ثلاثة أيّام و لا ما دونها للأصل في الجميع.

و للعامّة قول بحرمته عليها أكثر من ثلاثة «۴» و هو ظاهر الجامع «۵» لما سمعت من قوله (صلّى اللّه عليه و آله): «لا يحلّ لامرأة تؤمن باللّه و اليوم الآخر أن تحدّ على ميّت فوق ثلاث ليال إلّا على زوج» «۶» و لذا خصّها بالحكم.

الفصل الخامس فی المفقود عنها زوجها

اشارة

الفصل الخامس فی المفقود عنها زوجها و لفظة «عن» لتضمین معنی البعد و الغیبة.

إذا غاب الرجل عن امرأته فإن لم تکن الغیبة منقطة بأن عُرِف خبره بأنّه حیّ وجب الصبر أبداً إلی أن یحضر أو یفارقها بموت أو غیره، أنفق علیها أم لا للأصل و الإجماع و النصّ «۷».

و کذا إن أنفق علیها ولیّه أی المتولّی عنه الإنفاق، أیّاً مَن کان، من ماله أو مال نفسه و لو تبرّعاً، و إن جهل خبره و أرادت ما تُریده النساء، کما نصّ علیه فی حسن الحلبیّ عن الصادق (علیه السّلام) قال: قلت: فإنّها تقول: أُرید ما ترید النساء، قال: لیس ذلک لها و لا کرامة «۸».

و لو جُهل خبره و لم یکن من ینفق علیها فإن صبرت علی ذلک

---

(۱) البقرة: ۱۳۴.

(۲) انظر الکافی فی الفقه: ص ۳۱۳.

(۳) حکاه عنه فی مسالک الأفهام: ج ۹ ص ۲۷۹.

(۴) انظر المجموع: ج ۱۸ ص ۱۸۱.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۷۲.

(۶) عوالی اللآلی: ج ۲ ص ۱۴۳ ح ۴۰۰.

(۷) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۸۹ ب ۲۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحکامه.

(۸) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۳۹۰ ب ۲۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحکامه ح ۴.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۱۲۵

فلا کلام، و إلّا رفعت أمرها إلی الحاکم فیؤجّلها أربع سنین و یبحث عنه الحاکم هذه المدّة فی الجهة التی مضی إلیها إن تعیّنت، و إلّا ففی الجهات الأربع فإن عرف حیاته صبرت أبداً إلی أن یفارقها بموت أو غیره، أنفق علیها أم لا.

و علی الإمام أن یُنفق علیها مدّة التربّص و بعدها من بیت المال إن کانت فقیرة و لم ینفق علیها أحد، لأنّه من أعظم المصالح المنصوبة لبیت المال و إن لم یعرف حیاته طلّقها الحاکم و أمرها بالاعتداد عدّة الوفاة بعد الأربع سنین ثمّ إذا انقضت العدّة حلّت للأزواج بالنصّ «۱» و الإجماع.

و لو صبرت بعد الأربع غیر معتدّة لانتظار خبره جاز لها بعد ذلک الاعتداد متی شاءت بأمر الحاکم، بمعنی أنّ رضاها بالتربّص لا یدفع اختیارها الفراق، للأصل و العموم. و فیه إشارة إلی أنّه لا یحتسب من العدّة إلّا ما تعتدّه من الأیّام بعد إرادة الفراق و الاعتداد، فلو مضی بعد الأربع أربع أُخر فصاعداً أو نازلًا ثمّ شاءت، اعتدّت بأربعة أشهر و عشرة أیّام أُخر.

[و هنا فروع تسعة]

اشارة

فروع تسعة:

[الفرع الأول]

الأوّل: ضرب أربع سنين إلى الحاكم كما هو نصّ الأخبار «٢» و الأصحاب فلو لم يرفع خبرها إليه فلا عدّة حتّى يُضرب لها المدّة ثمّ تعتدّ و لو كانت قد صبرت مائة سنة. و لو تعذّر الحاكم فلتصبر فهى مبتلاة.

و فى السرائر: أنّها فى الغيبة مبتلاة، و عليها الصبر إلى أن يعرف موته أو طلاقه «٣».

و فى الخلاف: أنّها تصبر أربع سنين ثمّ يرفع خبرها إلى السلطان لينظر من يتعرّف خبر زوجها فى الآفاق، فإن عرف له خبر لم يكن لها طريق إلى التزويج، و إن لم يعرف له خبر أمر وليّه أن يُنفق عليها، فإن أنفق عليها فلا طريق لها إلى التزويج، و إن لم يكن له وليّ أمرها أن تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها، فإذا اعتدّت

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٧.

ذلك حلّت للأزواج «١». و لا بدّ من حمله على أحد معنيين: الأوّل: أن يكون قوله: «ثمّ يرفع خبرها» إلى آخر الكلام بياناً و تفصيلًا لما قبله من الصبر أربع سنين. و الثانى: أنّها بعد ما رفعت أمرها إلى الحاكم و أمرها بالتربّص أربعاً فتربّصت، ترفع إليه ثانياً لينظر من أرسله لتعرّف حاله.

و ابتداء المدّة المضروبة و هى الأربع سنين من رفع القضيّة إلى الحاكم و ثبوت الحال من فقد الزوج و عدم من ينفق عليها عنده، لا من وقت انقطاع الخبر عنها أو عنه.

فإذا انقضت المدّة لم يفتقر إلى غير الأمر بالعدّة من الأمر بتربّص مدّة أُخرى و إن افتقر إلى الطلاق كما سيأتى.

و لو لم يأمرها الحاكم بالعدّة بعد الانقضاء فاعتدّت بنفسها فالأقرب وفاقاً للمحقّق «٢» عدم الاكتفاء به و إن لم يشترط الطلاق، للأخبار «٣» و الاحتياط، و لأنّه من المسائل الاجتهاديّة المخالفة للأصل، لأصالة بقاء الزوجيّة، فلا يناط باجتهاد غير الحاكم.

و يحتمل الاكتفاء كما يظهر من الأكثر، بناءً على أنّ البحث فى تلك المدّة مع عدم الظفر بخبره أمارة شرعيّة على الموت.

و يدفعه: أنّ المعتبر ظنّ الحاكم و مخالفة الحكم للأصل، فلا بدّ من القصر على المنصوص المجمع عليه.

[الفرع الثانى]

الثانى: لو جاء الزوج و قد خرجت من العدّة و نكحت فلا سبيل له عليها اتّفاقاً و إن جاء و هى فى العدّة فهو أملك بها «۴» اتّفاقاً، و النصوص ناطقة بالحكمين «۵». إلّا إذا أوجبنا طلاقها و كانت الطلقة الثالثة فلا يملكها و إن عاد فى العدّة. ثمّ الأخبار ناطقة بأنّ له المراجعة، و يوافقها كثير من العبارات

---

(۱) الخلاف: ج ۵ ص ۷۷ مسألة ۳۳.

(۲) انظر النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۴۹۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۹ ب ۲۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(۴) فى ن، ق بدل «بها»: لها.

(۵) المصدر السابق.

فلو لم يراجع إلى انقضاء العدّة «۱» بانت منه، أوجبنا الطلاق أو لا.

و لو جاء بعد العدّة قبل التزويج فقولان: الأقرب وفاقاً للمقنع «۲» و المبسوط «۳» و السرائر «۴» و المراسم «۵» و الوسيلة «۶» و النافع «۷» و النكت «۸» أنّه لا سبيل له عليها للأخبار «۹» و لأنّ حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق، فانقضاء العدّة مسلّط لها على نفسها، قاطع لتسلّطه عليها. و خلافاً للمقنعة «۱۰» و النهاية «۱۱» و الخلاف «۱۲» و الجامع «۱۳» بناءً على أنّ الاعتداد مبنيّ على موته، فإذا ظهر الخلاف انكشف فساد الاعتداد و عدم الخروج من حباله، و لو لم يكن الإجماع على خلافه إذا نكحت لكان الحكم فيه كذلك. و لأنّ الحكم بالبينونة إنّما هو لدفع الحرج عنها و لا حرج إذا جاء الزوج، و ذكر الشيخ «۱۴» و المحقّق «۱۵» أنّ به رواية.

و هنا قول ثالث: هو خيرة المختلف و هو أنّه إن قيل: بأنّ الوليّ أو الحاكم يطلّقها ثمّ تعتدّ، لم يكن له عليها سبيل بعد العدّة، لأنّها عدّة بعد طلاق أمر به الشارع، و هو رافع للعصمة بينهما، بخلاف ما لو قلنا: باعتدادها من غير طلاق، فإنّها إنّما تعتدّ بناءً على الموت و قد انكشف الخلاف قال و لو لا صحّة النكاح الثانى ظاهراً فى نظر الشرع و عدم التفات الشارع إلى العقد الأوّل بعد التزويج ثانياً لأوجبنا فسخ النكاح الثانى «۱۶».

---

(۱) فى ن، ق: المدّة.

(۲) المقنع: ص ۱۱۹.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۲۷۸.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۷.

(۵) المراسم: ص ۱۶۵.

(۶) الوسيلة: ص ۳۲۴.

(۷) المختصر النافع: ص ۲۰۱.

(۸) النكت، بهامش النهاية: ج ۲ ص ۴۹۵.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۹ ب ۲۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه.

(۱۰) المقنعة: ص ۵۳۷.

(۱۱) النهاية: ج ۲ ص ۴۹۵.

(۱۲) الخلاف: ج ۵ ص ۷۸ مسألة ۳۴.

(۱۳) الجامع للشرائع: ص ۴۷۳.

(۱۴) الخلاف: ج ۵ ص ۷۹ مسألة ۳۴.

(۱۵) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۳۹.

(۱۶) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۸۵.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو نكحت بعد العدّة ثمّ ظهر موت الزوج قبل النكاح كان العقد الثاني صحيحاً، و لا عدّة عليها ثانياً سواء كان موته قبل العدّة بتمامها أو بعضها أو بعدها، لسقوط اعتبار عقد الأوّل في نظر الشرع بالفقد، فالفقد نازل منزلة الموت، و لذا تعتدّ عدّته، و ظهور الموت إنّما يزيد المنزلة قرباً و العدّة و العقد الثاني صحّةً، و إن تأخّر عن العدّة، فإنّه إن ظهرت حياته بعد العقد لم يؤثّر في صحّته، فبعد العدّة أولى، و لأنّ العقد الثاني محكوم بصحّته شرعاً، فلا يحكم بفساده إلّا بدليل شرعي. و لا يكفي في الحكم بالفساد، أنّا إن أوجبنا طلاق الوليّ كانت العدّة عدّة طلقة رجعيّة و إن كانت في العُدد كعدّة الوفاة. و من حكمها أنّه إذا تجدّد الموت في أثنائها انتقلت إلى عدّة الوفاة، و إن لم تعلم بالموت إلّا بعدها استأنفت عدّة الوفاة.

[الفرع الرابع]

الرابع: هذه العدّة كعدّة الموت لا نفقة فيها على الغائب، و عليها الحِداد على إشكال من أنّه محكوم عليه بالموت. و من الأصل، و اختصاص النصّ «۱» بمن مات زوجها، و الفقد غير الموت.

و لو حضر قبل انقضائها ففي عدم الرجوع عليه بالنفقة لما مضى إشكال: من أنّها إنّما سقطت عنه لتنزيله منزلة الميّت، فإذا حضر انكشف الفساد. و يؤيّده: أنّه إذا حضر حينئذٍ كان أملك بها، فإنّه يجعل العدّة عدّة طلاق رجعيّ. و إن أوجبنا طلاقها فأظهر، بل يحتمل الرجوع و إن حضر بعد العدّة، بل و بنفقة ما بعدها قبل النكاح إن جعلناه أولى بها حينئذٍ، للاشتراك في فساد ما بُنيت عليه العدّة، و ظهور أنّها محبوسة عليه في العدّة، أو مع ما بعدها، بل ظهور فساد الاعتداد إن كان أولى بها ما لم تتزوّج.

و من أنّ العدّة عدّة موت فلا يستتبع النفقة، و ظهور الحياة لا يغيّر حكم العدّة، و لأنّ القضاء بأمر جديد.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۴ ب ۹ من أبواب النفقات.

[الفرع الخامس]

الخامس: لو طلّقها الزوج، أو ظاهر منها أو آلى فاتّفق في العدّة أو قبلها صحّ، لبقاء العصمة بينهما، فورد على محلّه و لا دلالة لعدم وجوب النفقة عليه على زوال العصمة، و لكن في الطلاق نظر على القول بطلاقها، إذ لا يصحّ عندنا طلقتان بلا رجوع بينهما، نعم يصحّ إن تقدّم عليها و كان طلاق الوليّ أو الحاكم لغواً.

و لو اتّفق شيء منها بعدها لم يقع لزوال العصمة، إلّا على القول بأنّه أملك بها قبل أن تتزوّج.

[الفرع السادس]

السادس: لو أتت بولدٍ بعد مضيّ ستّة أشهرٍ من دخول الثاني لحق به إن لم يدّعه غيره، قطعاً و لو ادّعاه الأوّل قيل له: من أيّ وجه

تـدّعيه فـإن قال: للزوجيّـة التى كانت بينى و بين امّه، لم يقبل اتّفاقاً و إن ذكر الوطء سرّاً لم يُقبل أيضاً، وفاقاً للمحقّق «١» لزوال فراشه و ثبوت فراش الثانى.

و قيـل فى المبسوط: عنـدنا يقرع «٢» للإمكـان، و ثبوت الفراش لهمـا، كمـا أنّه يقرع إذا طلّقهـا فتزوّجت فولـدت ما يمكن كونه منهما. و ليس بجيّدٍ لرجحان الفراش مع العلم بوطء غير الزوج، فمع الاحتمال أولى.

[الفرع السابع]

السـابع: لاـ توارث بينهمـا و بين الزوج لو مات أحـدهما بعـد العـدّة و التزوّج بغيره، و كـذا قبل التزوّج إن قطعنا العصـمة بانقضاء العدّة.

و يتوارثـان إن وقع الموت فى العـدّة لبقاء العصـمة و إن كانت العـدّة عـدّة وفاة، و لـذا كان له الرجوع متى حضـر فيها، و احتمل العدم، لكون العدّة عدّة وفاة. و هو ضعيف.

[الفرع الثامن]

الثامن: لو غلط الحاكم فى الحساب فأمرها بالاعتـداد فاعتـدّت و تزوّجت قبل مضـىّ مدّة التربّص و منها العدّة بطل الثانى لوقوعه فى العدّة أو قبلها.

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٤٠.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ٢٨١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٣٠

و الأقرب أنّها تحرم عليه مؤبّـداً مع الـدخول لأنّه دخول «١» بـذات بعل أو عـدّة، إلّا إذا ظهر موت الأوّل قبل نكاحه، فإنّه يحتمل عدم الحرمة إن تقدّم النكاح العدّة كما تقدّم فى النكاح «٢» لأنّها «٣» ليست بذات بعل و لا عدّة.

و خلاـف الأقرب، العـدم إن كان النكاح قبل الشـروع فى العـدّة، لأنّها حينئـذٍ لا يعلم كونها ذات بعل، و المحرّم إن كان إنّما هو نكاح ذات البعل، فلمّا لم يعلم بقيت على أصل الحلّ، و هو متّجه. لكنّ الاحتياط فى الفروج مطلوب.

اصـفهانى، فاضل هنـدى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسـلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١۴١۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌٨، ص: ١٣٠

و يحتمل العدم إن كان فى العدّة أيضاً، لكون المتبادر من العدّة غيرها. و هو فى غاية الضعف.

و لو تبيّن موت الزوج قبـل الشـروع فى العـدّة مع الغلـط فى الحسـاب فالأقرب صـحّة العقـد الثانى لأنّه لم يقع على ذات بعل و لا عدّة. و يحتمل البطلان لابتنائه ظاهراً و فى زعم المتعاقدين على الاعتداد المبنىّ على الخطأ.

و لو عاد الزوج من سـفره و قد ظهر الغلط فى الحساب، و أنّه لم يمض عليها أربع سـنين و أربعة أشـهر و عشـرة أيّام فإن لم تكن قد تزوّجت وجب لها نفقة جميع المدّة المفقود هو فيها، و إن دخلت فى الأربعة أشهر و العشرة أيّام على وجه تقدّم.

و إن كانت قد تزوّجت سقطت نفقتها من حين التزويج، لأنّها كأنّها ناشز، فإذا فرّق بينهما، فإن لم يكن دخل بها الثانى عادت نفقتها على الأوّل فى الحال لتمكّنه من الاستمتاع بها فى الحال و إن دخل فلا- نفقة لها مدّة التربّص إلى أن تمكّن الثانى الاستمتاع، لا على الثانى، لأنّه أى الوطء وطء شبهة لظهور فساد النكاح و لا على الأوّل، لأنّها بعدُ باقية على حكم النشوز، و هى و إن كانت محبوسة عليه لكن لحقّ غيره و هو الثانى، لا لحقّ نفسه، فيجب عليه الإنفاق.

---

(١) فى ن زيادة: متزوّج.

(٢) كشف اللثام: ج ٧ ص ١٨٣.

(٣) فى ن بدل «لأنّها»: فإنّها.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ١٣١

و لو رجع الزوج من سفره بعد موتها بعد التزويج المبتنى على الغلط فى الحساب ورثها إن ماتت و لم تخرج مدّة التربّص و العدّة لأنّها ماتت و هى زوجته و يطالب الورثة الثانى بمهر مثلها إن دخل بها لظهور الشبهة.

و لو بلغها موت الأوّل بعد التزويج المبتنى على الغلط فى الحساب أو قبله من غير تخلّل زمان العدّة بينهما اعتدّت له بعد التفريق و ابتداء العدّة من حين بلوغ الخبر.

و إن مات الثانى بعد الدخول فعليها عدّة وطء الشبهة لا عدّة الوفاة لما عرفت.

و لو ماتا و قد دخل الثانى فإن علمت السابق و كان هو الأوّل اعتدّت عنه أوّلًا بأربعة أشهر و عشرة أيّام، أوّلها يوم موت الثانى أو افتراقهما، لظهور فساد النكاح، لا يوم موت الأوّل، أو بلوغ الخبر لأنّ العدّة لا تجتمع مع الفراش الفاسد كالصحيح و فراشه قائم إلى وقت موته أو ظهور الفساد، فإذا انقضت هذه العدّة اعتدّت من الثانى عدّة الشبهة، هذا إن لم تكن حاملًا من الثانى، و إلّا قدّمت عدّته على عدّة الزوج.

و إن سبق الثانى فإن كان بين المدّتين ثلاثة أقراء مثلًا مضت عدّة الثانى فتعتدّ عن الأوّل من حين بلوغ الخبر و إن كان المتخلّل بين المدّتين أقلّ من زمان عدّة الثانى أكملت العدّة من الثانى ثمّ اعتدّت من الأوّل و فى المبسوط: أنّها إن لم تكن حاملًا من الثانى انتقلت إلى العدّة من الأوّل ثمّ تُكمل العدّة من الثانى، لأنّ عدّة الأوّل وجبت عن سبب مباح و عدّة الثانى عن سبب محظور، فكانت الأُولى أقوى «١».

و لو لم تعلم السابق أو علمت المقارنة اعتدّت من الزوج ثمّ من وطء الشبهة لكون الأولى أقوى، إلّا أن تكون حاملًا من الثانى.

---

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٨٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ١٣٢

[الفرع التاسع]

التاسع: الأقرب وفاقاً للصدوق «١» و المفيد فى العويص «٢» و ابنى حمزة «٣» و الجنيد «۴» أنّ الحاكم بعد مدّة البحث يأمر الولىّ بأن يطلّقها قال أبو علىّ: و إن لم يطلّقها أمرها ولىّ المسلمين أن تعتدّ «۵».

و قال الصدوق: إذا امتنع الولىّ أن يطلّق أجبره الوالى على أن يطلّقها، و إن لم يكن له ولىّ طلّقها السلطان «۶».

و قال ابن حمزة: إنّه يأمر الولىّ بالطلاق، فإن لم يكن له ولىّ طلّقها الحاكم «٧».

و فى المبسوط: إنّه إن كان له ولىّ ينفق عليها فعليها الصبر، و إن لم يكن له ولىّ فرّق بينهما الحاكم «٨». فيجوز أن يريد بالتفريق الطلاق، و مراد المصنّف بتطليق الحاكم ما يعمّ تطليقه مع فقد الولىّ و إجباره الولىّ عليه.

و إنّما كان ذلك أقرب للرواية الصحيحة و الحسنة عن بريد بن معاوية سأل الصادق (عليه السّلام) عن المفقود كيف تصنع امرأته؟ قال: ما سكتت عنه و صبرت يخلّى «٩» عنها، و إن هى رفعت أمرها إلى الوالى أجّلها أربع سنين، ثمّ يكتب إلى الصقع الّذى فقد فيه فيسأل عنه، فإن أُخبر «١٠» عنه بحياة صبرت، و إن لم يخبر عنه بشىء حتّى تمضى أربع سنين دعى ولىّ الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان له مال أنفق عليها حتّى يعلم حياته من موته، و إن لم يكن له مال قيل للولىّ: أنفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوّج ما أنفق عليها، و إن أبى أن يُنفق عليها أجبره الوالى على أن يطلّق تطليقة فى استقبال العدّة و هى طاهر،

---

(١) المقنع: ص ٣٥٣.

(٢) مصنّفات الشيخ المفيد، مسائل العويص: ص ٣١ مسألة ١١.

(٣) الوسيلة: ص ٣٢۴.

(۴) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٢.

(۵) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٣٨٢.

(۶) المقنع: ص ١١٩.

(٧) الوسيلة: ص ٣٢۴.

(٨) المبسوط: ج ۵ ص ٢٧٨.

(٩) فى وسائل الشيعة بدل «يخلّى»: فخلّ.

(١٠) فى وسائل الشيعة بدل «أُخبر»: خبّر.

فيصير طلاق الولىّ طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضى عدّتها من يوم طلّقها الولىّ فبدا له أن يراجعها فهى امرأته، و هى عنده على تطليقتين، و إن انقضت العدّة قبل أن يجىء و يراجع فقد حلّت للأزواج، و لا سبيل للأوّل عليها «١».

قال الصدوق: و فى رواية اخرى أنّه إن لم يكن للزوج ولىّ طلّقها الوالى، و يُشهد شاهدين عدلين، فيكون طلاق الوالى طلاق الزوج، و تعتدّ أربعة أشهر و عشراً ثمّ تتزوّج إن شاءت «٢».

و لقوله (عليه السّلام) فى حسن الحلبىّ: فإن لم ينفق عليها وليّه أو وكيله أمره أن يطلّقها فكان ذلك عليها طلاقاً واجباً «٣».

و لأنّ أبا الصباح الكنانىّ سأله (عليه السّلام) أ يجبر وليّه على أن يطلّقها؟ قال: نعم، و إن لم يكن له ولىٌّ طلّقها السلطان «۴».

هذا مع الاستصحاب و عدم ظهور معارض لها، و لا خلاف فى المسألة، فإنّ غاية الأمر السكوت عنها فى مضمر سماعة «۵» و عبارات أكثر الأصحاب. ثمّ مقتضى الطلاق أن تعتدّ عدّته.

و لكن الحقّ الموافق لفتاوى الأصحاب أنّ العدّة عدّة الوفاة للاحتياط من جهة اتّفاق الأصحاب عليها، مَن صرّح منهم بالطلاق و مَن لم يصرّح، و ورودها فيما سمعته من الخبر. و فى مضمر سماعة من غير معارض، و كونها أطول غالباً من عدّة الطلاق، فيكون أحوط من وجه من غير منافاة بين الطلاق و الاعتداد بها، إذ لا دليل من عقل أو نقل على اختصاصها بالوفاة.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۸۹ ب ۲۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۱.

(۲) من لا يحضره الفقيه: ج ۲ ص ۵۴۷ ح ۴۸۸۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۰ ب ۲۳ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۹۰ ب ۲۳ من أبواب أقسام الطلاق ح ۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۹۰ ب ۴۴ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ۲.

[الفصل السادس فى عدّة الأمة و فيه مطلبان]

اشارة

الفصل السادس فى عدّة الأمة و فيه مطلبان و هى مدّة تربّصها لنكاح أو شبهة و الاستبراء لرحمها بالتربّص لملك اليمين، و لا بأس بإطلاق كلّ منهما على معنى الآخر، لكنّ الغالب فى العرف ذلك.

و فيه مطلبان:

[المطلب الأول فى العدة]

الأوّل: فى العدّة، عدّة الأمة فى الطلاق قُرءان إن كانت ذات قُرء بالنصّ «۱» و الإجماع و إن كان زوجها حرّا، و أقلّ ما يقعان فيه من المدّة ثلاثة عشر يوماً و لحظتان بل عشرة أيّام و ثلاث لحظات، بأن طلّقها بعد الوضع قبل النفاس بلحظة ثمّ رأته لحظة.

و اللحظة الثانية أو الثالثة دلالة الخروج لا جزء للعدّة كما مرّ، و لذلك لمّا سأل ليث المراديّ الصادق (عليه السّلام) كم تعتدّ الأمة من ماء العبد؟ قال: حيضة «۲». لخروج الحيضة الثانية عن العدّة. و يجوز أن يكون السؤال عن عدد الحيض الّذى تعتدّه، مع ضعف الخبر، و معارضته بغيره من النصوص و الإجماع.

و هل حكم الفسخ للنكاح للبيع أى حكم ما إذا بيعت أو بيع زوجها ففسخ المشترى نكاحهما حكم الطلاق؟ الأقرب ذلك لأنّ حكم الفسخ فى الحرّة حكمه و يؤيّده الاستصحاب.

و يحتمل أن لا يكون فيها إلّا الاستبراء، لخروجه عن مدلول لفظ الطلاق، و يؤيّده أصالة البراءة من الزائد، و الفرق بينها و بين الحرّة أنّه ليس للحرّة مدّة مضروبة لاستبراء رحمها أقلّ من عدّة الطلاق، فلا يمكن الحكم بالبراءة فى أقلّ منها، بخلاف الأمة.

و كذا الكلام فى الفسخ للعيب، و إن كانت من ذوات الحيض أى بالغة غير يائسة و لكن لم تحض أو احتبس حيضها لا لليأس أو الحمل

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۶۹ ب ۴۰ من أبواب العدد.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۰ ب ۴۰ من أبواب العدد ح ۶.

فعدّتها شهر و نصف، و هى فى الأغلب خمسة و أربعون يوماً لندرة اتّفاق مفارقة الطلاق لأوّل الهلال، فيعتبر كلّ من الشهر و نصفه بالثلاثين، و إن اتّفقت المقارنة و اتّفق نقصان الشهر، فالعدّة أربعة و أربعون.

و لو كانت حاملًا فعدّتها وضع الحمل من غير خلاف، لعموم آية «أُولَاتُ الْأَحْمَالِ» «١» من غير مخصّص، و عدم براءة الرحم بدون الوضع.

و عدّتها فى الوفاة شهران و خمسة أيّام وفاقاً للأكثر، للأخبار، و هى كثيرة، كصحيح محمّد بن مسلم عن الصادق (عليه السّلام) قال: الأمة إذا تُوفّى عنها زوجُها فعدّتُها شهران و خمسة أيّام «٢». و صحيح محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السّلام) قال: طلاق العبد للأمة تطليقتان، و أجلها حيضتان إن كانت تحيض، و إن كانت لا تحيض فأجلها شهر و نصف، و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرّة، شهران و خمسة أيّام «٣».

و خلافاً للمقنع «۴» و التبيان «۵» و مجمع البيان «۶» و السرائر «۷» و الجامع «۸» و روض الجنان للشيخ أبى الفتوح «۹» لعموم الآية «١٠» و صحيح زرارة عن الباقر (عليه السّلام): إنّ الأمة و الحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فى العدّة، إلّا أنّ الحرّة تحُدّ و الأمة لا تحُدّ «١١» و صحيحه عنه (عليه السّلام): كلّ النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة، و على أىّ وجه كان [النكاح] «١٢» منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين،

---

(١) الطلاق: ۴.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٧٣ ب ۴٢ من أبواب العدد ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٧٣ ب ۴٢ من أبواب العدد ح ١٠.

(۴) المقنع: ص ١٢١.

(۵) التبيان: ج ٢ ص ٢۶٢.

(۶) مجمع البيان: ج ١ ٢ ص ٣٣٧.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ٧٣۵.

(٨) الجامع للشرائع: ص ۴٧١.

(٩) روض الجنان (تفسير الشيخ أبو الفتوح الرازى): ج ٢ ص ٢٧١.

(١٠) البقرة: ٢٣۴.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٧٢ ب ۴٢ من أبواب العدد ح ٢.

(١٢) ليس فى نسخ كشف اللثام.

فالعدّة أربعة أشهر و عشراً «١». و خبر سليمان بن خالد عن الصادق (عليه السّلام) قال: عدّة المملوكة المتوفّى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرة أيّام «٢».

و الجواب: تخصيص الآية بالأخبار «٣». و يؤيّده أنّه لم يتعرّض لحكم الإماء فى الطلاق أيضاً، و تخصيص الأخبار بأُمّ الولد للمعارضة بغيرها، و للتصريح بالتفصيل فى غيرها كما ستعرف، [و احتمال الأوّل المساواة فى أصل الاعتداد] «۴».

و عدّة الحامل فى الوفاة أبعد «۵» الأجلين من الوضع و شهرين و خمسة أيّام.

و لو كانت أُمّ ولد لمولاها فعدّتها من موت زوجها أربعة أشهرٍ و عشرة أيّام إن كانت حائلًا، و أبعد الأجلين إن كانت حاملًا

كالحرّة، وفاقاً للشيخ «۶» و جماعة. و فى الخلاف «۷» و ظاهر المبسوط «۸» الإجماع عليه، جمعاً بين الأخبار.

و يـدلّ على خصوصه خبر سليمان بن خالد سأل الصادق (عليه السّلام) عن الأمة إذا طُلّقت ما عدّتها؟ قال: حيضتان أو شهران حتّى تحيض: قال: قلت: فإن تُوفّى عنها زوجُها؟ فقال: إنّ عليّاً (عليه السّلام) قال فى أُمّهات الأولاد: لا يتزوّجن حتّى يعتددن أربعة أشهرٍ و عشراً و هنّ إماء «۹».

و صحيح وهب بن عبد ربّه سأله (عليه السّلام) عن رجل كانت له أُمّ ولد، فزوّجها من رجل فأولدها غلاماً، ثمّ إنّ الرجل مات فرجعت إلى سيّدها إله أن يطأها؟ قال:

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۸۴ ب ۵۲ من أبواب العدد ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۳ ب ۴۲ من أبواب العدد ح ۵.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۱ ب ۴۲ من أبواب العدد.

(۴) ما بين المعقوفتين ليس فى ق، ن.

(۵) فى قواعد الأحكام: بأبعد.

(۶) التبيان: ج ۲ ص ۲۶۲.

(۷) الخلاف: ج ۵ ص ۸۰ مسألة ۳۸ و فيه: «لم يذكر عدّة الحامل».

(۸) المبسوط: ج ۵ ص ۲۵۱.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ من أبواب العدد ح ۱.

تعتدّ من الزوج أربعة أشهرٍ و عشراً، ثمّ يطأها بالملك بغير نكاح «۱».

فإنّهما دلّا على اعتداد أُمّ الولد بذلك. فهما يؤيّدان أخبار مساواة الأمة للحرّة فى العدّة. فإذا أردنا الجمع بينها و بين الأخبار الأوّلة خصّصناها بأُمّ الولد؛ لحصول الظنّ للخبرين بأنّها كذلك، و الأخبار الأوّلة بغيرها، إذ ليس لنا ما ينصّ على أنّها كالحرّة. هذا فى وفاة الزوج.

و أمّا إذا تُوُفّى السيّد، فإن كانت مزوّجة من غيره فلا عدّة عليها إجماعاً، و إن لم تكن مزوّجة، اعتدّت أربعة أشهرٍ و عشراً، مدبّرة كانت أو لا، أُمّ ولد أو لا، وفاقاً للجامع و النزهة لما سمعته من خبرى زرارة و سليمان بن خالد، و حسن الحلبىّ سأل الصادق (عليه السّلام) يكون الرجل تحته السريّة فيُعْتقها، فقال: لا يصلح أن ينكح حتّى تنقضى ثلاثة أشهر، و إن توفّى عنها مولاها فعدّتها أربعة أشهر و عشراً «۲».

و خبر إسحاق بن عمّار سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الأمة يموت سيّدها، قال: تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها «۳».

و خبر زرارة عن الباقر (عليه السّلام): إذا غشيها سيّدها ثمّ أعتقها، فإنّ عدّتها ثلاث حيض، و إن مات عنها فأربعة أشهر و عشراً «۴».

و فى كتب الشيخ: أنّ المدبّرة تعتدّ كذلك. و لم يتعرّض لغيرها كما فعله المصنّف فيما سيأتى و كثير. و فى الكافى: أنّ أُمّ الولد كذلك.

و قال ابن حمزة: الأمة إذا كانت عند سيّدها و مات عنها، أو زوّجها من غيره و مات عنها و هى فى عدّة له عليها فيها رجعةً كان عدّتها عدّة الحرائر، و المدبّرة إذا مات عنها سيّدها و قد وطئها بملك اليمين، أو أعتقها قبل وفاته فعدّتها عدّة الحرائر، و إن

كانت حاملًا فعدّتها أبعد الأجلين، و إن لم يطأها فلا عدّة عليها، و إن

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ من أبواب العدد ح ۳.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۴ ب ۴۳ من أبواب العدد ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۲ ب ۴۲ من أبواب العدد ح ۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۵ ب ۴۳ من أبواب العدد ح ۵.

لم يدبّرها فعدّتها عدّة الإماء. و ظاهره متناقض، و لعلّه أراد بالأمة أوّلًا أُمّ الولد.

و عند ابن إدريس و المصنّف في التحرير و المختلف لا- عدّة على غير المدبّرة أو المعتقة في الحياة، و إنّما عليها الاستبراء، للأصل. و جوابه المعارضة بالأخبار و الاحتياط.

و الذمّيّة كالحرّة في الطلاق و الوفاة كما نصّ عليه الأصحاب، و دلّ عليه الأخبار «۱» و عموم الكتاب «۲».

و قيل في حسن زرارة و موثّقه عن الباقر (عليه السّلام): في الطلاق كالأمة قال: سألته عن نصرانيّة كانت تحت نصرانيّ فطلّقها، هل عليها عدّة منه مثل عدّة المسلمة؟ فقال: لا، لأنّ أهل الكتاب مماليك للإمام، أ لا ترى أنّهم يؤدّون الجزية كما يؤدّي العبد الضريبة إلى مواليه؟ قال: و من أسلم منهم فهو حرّ يطرح عنه الجزية. قلت: فما عدّتها إن أراد المسلم أن يتزوّجها؟ قال: عدّتها عدّة الأمة حيضتان، أو خمسة و أربعون يوماً قبل أن تُسلم، قال: قلت له: فإن أسلمت بعد ما طلّقها، فقال: إذا أسلمت بعد ما طلّقها فإن عدّتها عدّة المسلمة، قلت: فإن مات عنها و هي نصرانيّة و هو نصرانيّ فأراد رجل من المسلمين أن يتزوّجها قال: لا يتزوّجها المسلم حتّى تعتدّ من النصراني أربعة أشهرٍ و عشراً عدّة المسلمة المتوفّى عنها زوجُها، قلت له: كيف جعلت عدّتها إذا طلّقت عدّة الأمة، و جعلت عدّتها إذا مات عنها عدّة الحرّة المسلمة و أنت تذكر: أنّهم مماليك للإمام؟ فقال: ليس عدّتها في الطلاق مثل عدّتها إذا تُوفّي عنها زوجُها «۳».

و لم نظفر بقائل من الأصحاب، و لا بما يتضمّن كونها كالأمة في الوفاة كما يظهر من العبارة.

و لو أُعتقت الأمة ثمّ طُلّقت أو فسخت النكاح ثمّ تُوفّي عنها زوجُها فكالحرّة أصالة.

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۴۸ ب ۴۵ من أبواب العدد ح ۲.

(۲) البقرة: ۲۲۸ و ۲۳۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۷۷ ب ۴۵ من أبواب العدد ح ۱.

و لو طلّقت رجعيّاً ثمّ أُعتقت، أكملت عدّة الحرّة لأنّها في حكم الزوجة، و لصحيح جميل عن الصادق (عليه السّلام): في أمة كانت تحت رجل فطلّقها ثمّ اعتقت، قال: تعتدّ عدّة الحرّة «۱». و للإجماع كما في الغنية.

و لو كان الطلاق بائناً أكملت ما عليها من عدّة الأمة للطلاق التي هي قُرءان أو شهر و نصف أو الوضع، لأنّها أُعتقت بعد ما بانت. و لصحيح محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السّلام): إذا طلّق الحرُّ المملوكة فاعتدّت بعض عدّتها منه ثمّ أُعتقت، فإنّها تعتدّ عدّة المملوكة «۲».

و يدلّ على التفصيل مع الإجماع كما في الخلاف خبر مهزم عن الصادق (عليه السّلام) في أمة تحت حرّ طلّقها على طهر بغير

جماع تطليقة ثمّ اعتقت بعد ما طلّقها بثلاثين يوماً و لم تنقض عدّتها، فقال: إذا أَعتقت قبل أن تنقضى عدّتها اعتدّت عدّة الحرّة من اليوم الّذى طلّقها، و له عليها الرجعة قبل انقضاء العدّة، فإن طلقها تطليقتين واحدة بعد واحدة ثمّ أعتقت قبل انقضاء عدّتها فلا رجعة له عليها، و عدّتها عدّة الأمة «٣».

و لو طلّق الزوج أُمَّ ولد المولى رجعيّاً ثمّ مات فى العدّة، استأنفت عدّة حرّةٍ لما عرفت من أنّ المطلّقة رجعيّاً إذا مات زوجها استأنفت عدّة الوفاة و أُمّ الولد تعتدّ من زوجها عدّة الحرّة.

و لو لم تكن أُمَّ ولدٍ استأنفت عدّة أمة لما عرفت.

و لو كان الطلاق بائناً أتمّت عدّة الطلاق لأنّ ذلك حكم المطلّقة بائناً كما تقدّم.

و لو مات زوج الأمة ثمّ أُعتقت فى العدّة أكملت عدّة حرّة لصحيح جميل و هشام بن سالم عن الصادق (عليه السّلام) فى أمة طلّقت ثمّ اعتقت قبل أن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٣ ب ٥٠ من أبواب العدد ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٣ ب ٥٠ من أبواب العدد ح ۴.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٢ ب ٥٠ من أبواب العدد ح ٢.

تنقضى عدّتها، فقال: تعتدّ بثلاث حيض فإن مات عنها زوجها ثمّ اعتقت قبل أن تنقضى عدّتها فإنّ عدّتها أربعة أشهرٍ و عشر «١». و لتغليب الحرّيّة، و الاستصحاب و الاحتياط، و صدق أنّها حرّة تُوفّى عنها زوجُها فيدخل فى عموم النصوص.

و لو دبّر المولى موطوءته اعتدّت لوفاته بأربعة أشهرٍ و عشرة أيّام لانعتاقها بموته، فتكون كالزوجة المتوفّى عنها زوجها. و لو أعتقها فى حياته اعتدّت بثلاثة أقراء إن كانت ذات قرء، و إلّا بثلاثة أشهر، أو وضع الحمل، لأنّها كالمطلّقة الحرّة.

و يدلّ على الحكمين ما تقدّم من الأخبار و غيرها، كخبر أبى بصير: سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل أعتق وليدته عند الموت، فقال: عدّتها عدّة الحرّة المتوفّى عنها زوجها: أربعة أشهر و عشر، و عن رجل أعتق وليدته و هو حيّ و قد كان يطأها، فقال: عدّتها عدّة الحرّة المطلّقة: ثلاثة قروء «٢».

و صحيح داود الرقّيّ عنه (عليه السّلام) فى المدبّرة إذا مات عنها مولاها: أنّ عدّتها أربعة أشهرٍ و عشر من يوم يموت سيّدها إذا كان سيّدها يطأها. قيل له: فالرجل يُعْتق مملوكته قبل موته بساعة أو بيوم ثمّ يموت، فقال: هذه تعتدّ بثلاثة أشهر «٣» أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيّدها «۴».

و فى المبسوط: أنّها إن لم تكن ذات قرء أو حمل فإنّما تعتدّ بشهر، و لا أعرف وجهه.

و لا اعتبار عندنا بحرّيّة الزوج و رِقّه فى جميع ما تقدّم فى الحرائر و الإماء، و إنّما العبرة بالزوجة كما نصّت به الأخبار.

و المعتَق بعضها كالحرّة تغليباً للحرّيّة و استصحاباً. و للدخول فى العمومات من غير علم بخروجها منها.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٨٢ ب ٥٠ من أبواب العدد ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ من أبواب العدد ح ۶.

(٣) فى وسائل الشيعة بدل «بثلاثة أشهر»: بثلاث حيض.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ من أبواب العدد ح ٧.

و المكاتَبة المشروطة و المطلقة التي لم تؤدّ شيئاً كالأمة غيرها للعمومات و لو أدّت المطلقة في الأثناء شيئاً أو المشروطة الجميع فكالحرّة أي فكما إذا تحرّرت بغير ذلك في الأثناء في أنّها إن كانت رجعيّة أكملت عدّة الحرّة، و إلّا فعدّة الأمة.
و لو اعتقت بعد مضيّ قرءين أو شهرٍ و نصفٍ لم تُضف إلى ما مضى تتمّة عدّة الحرّة و إن كان بلا فصل، لأنّها خرجت بذلك من العدّة فبانت، و لا عبرة بالعتق بعد البينونة.
و لو التحقت الذمّيّة بعد الطلاق بدار الحرب فسُبِيَت في أثناء العدّة، فالأقرب إكمال عدّة الحرّة تغليباً للحرّيّة و احتياطاً و استصحاباً، و يحتمل ضعيفاً انتقالها إلى عدّة الأمة إن كانت رجعيّة.

[المطلب الثاني في الاستبراء]

المطلب الثاني في الاستبراء و هو نفس التربّص أو استعلام براءة الرحم بالتربّص الواجب بسبب ملك اليمين عند حدوثه أي الملك و عند زواله، فمن ملك جاريةً موطوءةً، ببيعٍ أو غيره من استغنامٍ أو صلحٍ أو ميراثٍ أو أيّ سببٍ كان لم يجز له وطؤها إلّا بعد الاستبراء في المشهور تحرّزاً عن اختلاط الأنساب، و للإجماع عليه في البيع، و الأخبار «١» فيه و هي كثيرة.
و في الصحيح عن الحسن بن صالح عن الصادق (عليه السّلام) قال: نادى منادي رسول اللّه في الناس يوم أوطاس «٢»: أن استبرؤوا سباياكم بحيضة «٣».
و في موضع من المبسوط و السرائر إنكاره في غير البيع، للأصل. و عموم «مٰا مَلَكَتْ أَيْمٰانُكُمْ» «۴».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١۴ ۵١۵ ب ١۶ ١٧ ١٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.
(٢) أوطاس: وادٍ في ديار هَوازِن فيه كانت وقعة حُنَين (معجم البلدان: ج ١ ص ٢٨١).
(٣) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵١۵ ب ١٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.
(۴) النساء: ٣.

فإن كانت حبلى من مولًى أو زوجٍ أو وطء شبهة أو مجهول لا من زنا، إذ لا حرمة له و لم ينقض مدّة الاستبراء إلّا بوضعه أو مضيّ أربعة أشهر و عشرة أيّام، فلا يحلّ له وطؤها قُبُلًا قبل ذلك لصحيح رفاعة بن موسى سأل الكاظم (عليه السّلام) إن كان حمل فما لي منها إن أردت؟ فقال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر و عشرة أيّام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر و عشرة أيّام، فلا بأس بنكاحها «١».
و أجازه ابن زهرة و سلّار مع العزل، و الشيخ في الخلاف و ابن إدريس مطلقاً، و ادّعى عليه الإجماع في الخلاف.
و يجوز في غير القُبُل لشمول «ما دون الفرج» في هذا الخبر و سائر الأخبار له. و يمكن المناقشة فيه، و الأولى تركه، لقول الصادق (عليه السّلام) لعبد اللّه بن محمّد: لا بأس بالتفخيذ لها حتّى تستبرئها، و إن صبرت فهو خير لك «٢». و لأنّ إبراهيم بن عبد الحميد سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الرجل يشتري الجارية و هي حبلى أ يطؤها؟ قال: لا، قال: فدون الفرج قال: لا يقربها «٣».
و يكره الوطء في القُبُل بعدها قبل الوضع، لقول الباقر (عليه السّلام) في حسن محمّد بن قيس: لا يقربها حتّى تضع ولدها «۴».

و فى حسن رفاعة بن موسى فى الأمة الحبلى يشتريها الرجل: أحلّتها آية و حرّمتها آية أَخرى، و أنا ناهٍ عنها نفسى و ولدى «۵». و نحو ذلك من الأخبار العامّة «۶».

و لا يحرم، للإجماع كما فى الخلاف و الجمع بينها و بين صحيحة رفاعة.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۵ ب ۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۳.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۱ ب ۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۲ ب ۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۵ ب ۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۵ ب ۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۵ ب ۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

و قوّى التحريم فى التذكرة و اختاره الشهيد و هو خيرة المبسوط و التهذيب «۱» و الاستبصار «۲» لعمومها و تأيّدها، بعموم الآية «۳» و الاحتياط و الاستصحاب.

و فى المقنعة: فإذا مضى ذلك عليها وطئها إن أحبّ دون الفرج، فإن وطئها فيه فليعزل عنها، و اجتناب وطئها أحوط حتّى تضع ما فى بطنها. و فى الخلاف: نفى الكراهة.

و لو كانت من ذوات الأقراء استبرأت بحيضةٍ فى المشهور، و الأخبار به كثيرة «۴».

و يستحبّ بحيضتين، لقول الرضا (عليه السّلام) لمحمّد بن إسماعيل، فى الصحيح: أستبرئها بحيضتين «۵». و لسعد بن سعد الأشعريّ: أهل المدينة يقولون: حيضة، و كان جعفر (عليه السّلام) يقول: حيضتان «۶». و لمناسبته لعدّتها فى الطلاق، و لاستبراء ذات الأشهر بخمسة و أربعين يوماً.

و فى المبسوط: أنّها تستبرئ بطهر. و فى الخلاف: بطهرين.

و إن بلغت سنّ الحيض و لم تحض و لا حملت و لا آيست فبخمسة و أربعين يوماً فى المشهور، لأنّها عدّتها فى الطلاق. و لخبر ربيع بن القاسم سأل الصادق (عليه السّلام) عن الجارية الّتى لم تبلغ الحيض و يخاف عليها الحبل، قال: يستبرئ رحمها الّذى يبيعها بخمسة و أربعين ليلة، و الّذى يشتريها بخمسة و أربعين ليلة «۷». و خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه: فى الرجل يشترى الجارية و لم تحض أو قعدت عن المحيض كم عدّتها؟ قال: خمسة و أربعون ليلة «۸».

---

(۱) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۷۶ ذيل حديث ۶۱۵.

(۲) الاستبصار: ج ۳ ص ۳۶۲ باب ۲۱۳.

(۳) الطلاق: ۴.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۸ ب ۱۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۴ ب ۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۸ ب ۱۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۹ ب ۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۷.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۹ ب ۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۶.

و فى موضع من المقنعة: استبراؤها بثلاثة أشهر استضعافاً لمستند الأوّل، و استصحاباً و احتياطاً.

و خبر ابن سنان سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يشترى الجارية [و] «۱» لم تحض، قال: يعتزلها شهراً إن كانت قد يئست «۲». ظاهر فى اليائسة: فإمّا أن يكون (عليه السّلام) أعرض عن جواب السائل لمصلحة، أو يكون معنى «لم تحض» فى كلام السائل أنّها لم تحض منذ اشتراها. و حمله الشيخ على حيضة «۳» فكأنّه حمل اليأس على حصوله بعد حيضة. و فى نسخ الكافى «۴» و الاستبصار «۵»: إن كانت قد مُسّت.

و كذا يجب على البائع الاستبراء بنحو ما ذكر كما نصّ عليه فى غيره فى ذات الأقراء و ذات الأشهر، للإجماع كما فى الخلاف و لما سمعته الآن من خبر ربيع بن القاسم، و لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر حفص بن البختريّ فى الرجل يبيع الأمة من رجل، قال: عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع «۶».

و هما لا يشملان التربّص أربعة أشهر و عشراً إذا حملت، فإنّها ليست فى الحقيقة من الاستبراء فى شى‌ء.

و فى المقنعة: أنّه ينبغى للبائع الاستبراء.

و يسقط استبراء المشترى بإخبار البائع الثقة بالاستبراء فى المشهور، لنحو صحيح أبى بصير قال للصادق (عليه السّلام): الرجل يشترى الجارية و هى طاهر، و يزعم صاحبها أنّه لم يمسّها «۷» فقال: إن أمنته فمسّها «۸». و خبر حفص

---

(۱) لم يرد فى نسخ كشف اللثام.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۳۷ ب ۱۰ من أبواب بيع الحيوان ح ۴.

(۳) الاستبصار: ج ۲ ص ۳۵۸ ذيل حديث ۱۲۸۵، و تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۷۲ ذيل حديث ۶۰۱.

(۴) الكافى: ج ۵ ص ۴۷۳ ح ۷.

(۵) الاستبصار: ج ۳ ص ۳۵۸ ح ۱۲۸۵.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۳۷ ب ۱۰ من أبواب بيع الحيوان ح ۲.

(۷) فى وسائل الشيعة زيادة: منذ حاضت.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۴ ب ۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

ابن البختريّ عنه (عليه السّلام) فى الرجل يشترى الأمة من رجل فيقول: إنّى لم أطأها، فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتيها «۱».

و لم يسقطه ابن إدريس و لا ريب أنّه أحوط كما فى كتب الشيخ و موضع من المقنعة. و يؤيّده صحيح محمّد بن إسماعيل سأل الرضا (عليه السّلام) عن الجارية التى تُشترى من رجل مسلم يزعم أنّه قد استبرأها أ يجزئ ذلك أم لا بدّ من استبرائها؟ قال: استبراؤها بحيضتين، قال: قلت: يحلّ للمشترى ملامستها؟ قال: نعم، و لا يقرب فرجها «۲».

و خبر عبد اللّه بن سنان قال للصادق (عليه السّلام): أشترى الجارية من [الرجل] «۳» المأمون فيخبرنى أنّه لم يمسّها منذ طمث عنده و طهرت، قال: ليس بجائز أن تأتيها حتّى تستبرئها بحيضة، لكن يجوز لك ما دون الفرج، إنّ الذين يشترون الإماء ثمّ يأتونهنّ قبل أن يستبرئوهنّ فأُولئك الزناة بأموالهم «۴».

أو إذا كانت لامرأة و لم يعلم أنّه وطئها رجل فى المشهور، لأصالة البراءة. و الأخبار كصحيح رفاعة سأل الكاظم (عليه السّلام)

عن الأمة تكون للمرأة فتبيعها، فقال: لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرئها «۵». و نحوه خبر حفص عن الصادق (عليه السّلام) «۶». و لم يسقطه ابن إدريس، و جعل الشيخ في المبسوط و الخلاف استبراءَها أحوط. و قال زرارة: اشتريت جارية بالبصرة من امرأة فخبّرتني أنّه لم يطأها أحد فوقعت عليها و لم أستبرئها، فسألت أبا جعفر (عليه السّلام) عن ذلك، فقال: هو ذا أنا قد فعلت ذلك و ما أُريد أن أعود «۷».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۳۸ ب ۱۱ من أبواب بيع الحيوان ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۴ ب ۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

(۳) لم يرد في نسخ كشف اللثام.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۳۹ ب ۱۱ من أبواب بيع الحيوان ح ۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۴ ب ۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۶) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۷۴ ح ۶۰۸. الاستبصار: ج ۳ ص ۳۶ ح ۱۲۹۳.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۴ ب ۷ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

و قد يلحق بها الصغير و العنّين و المجبوب و الغائب عنها غيبة طويلة، لا للحمل عليها، بل للعلم ببراءة الرحم من ماء المولى، مع عدم احتمال وطء الغير لها. و عبارة الخلاف قد تعطي وجود الخبر بجميع ذلك.

أو كانت صغيرة أو يائسة بلا خلاف، و يدلّ عليه الاعتبار و الأخبار، كخبر ابن أبي يعفور عن الصادق (عليه السّلام) في الجارية التي لم تطمث و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل، قال: ليس عليها عدّة، يقع عليها «۱». و خبر عبد الرحمن بن أبي عبد اللّه سأله (عليه السّلام) عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ المحيض، و إذا قعدت من المحيض، ما عدّتها؟ و ما يحلّ للرجل من الأمة حتّى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: إذا قعدت من المحيض أو لم تحض فلا عدّة لها «۲».

ثمّ لا إشكال في أنّ الصغر بمعنى عدم بلوغ التسع مسقط للاستبراء، لكنّه لا يجوز الوطء، إلّا إذا بلغت قبل مضيّ مدّة الاستبراء. و ظاهر الخبر الأوّل جواز الوطء مطلقاً، فيجوز أن يكون المراد من لم يبلغ سنّ الحيض في عادة أمثالها و إن بلغت تسعاً.

أو كانت حاملًا إلّا على ما قوّاه في التذكرة، فإنّ التربّص أربعة أشهر و عشراً ليس من الاستبراء في شي‌ء.

أو حائضاً فإنّه يكفي تلك الحيضة في المشهور. و في الخلاف الإجماع عليه، و يدلّ عليه حصول العلم بالبراءة بذلك. و صحيح الحلبيّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل اشترى جارية و هي حائض، قال: إذا طهرت فليمسّها إن شاء «۳». و خبر زرعة عن سماعة قال: سألته عن رجل اشترى جارية و هي طامث أ يستبرئ رحمها بحيضة أُخرى أم يكفيه هذه الحيضة؟ قال: لا، بل يكفيه هذه الحيضة، فإن استبرأها بأُخرى فلا بأس، هي بمنزلة فضل «۴».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۸ ب ۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۳.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۹ ب ۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۸ ب ۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۸ ب ۱۰ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

و فى السرائر: وجوب استبرائها بقرءين. و لعلّه أراد بتلك الحيضة و أخرى، و دليله: عموم الأمر بالاستبراء بحيضة، و بعض الحيضة ليس بحيضة، مع احتمال الوطء فى الحيض.

و لو كان له زوجة فاشتراها بطل النكاح لما تقدّم فى النكاح و حلّ له وطؤها من غير استبراء فإنّ الاستبراء إنّما يكون من ماء الغير، خلافاً لبعض العامّة.

و استبراء المملوك كافٍ للمولى لأنّ يده يد المولى، فإذا علم بحصول الاستبراء فى يده فقد حصل فى ملكه، و لا فرق بين أن لا يكون على المملوك دين أو كان و قضاه. و قال الشافعىّ: إن قضى الدين فلا بدّ من استبراء ثان.

و لو فسخ كتابة أمتِهِ لم يجب الاستبراء ما لم يكن وطئها فى البين غيره وطئاً محترماً، للأصل و عدم الانتقال عن ملكه. و الإجماع كما فى الخلاف. خلافاً لبعض العامّة، تنزيلًا لحرمة الاستمتاع بها بالملك بالمكاتبة منزلة الانتقال، و فسخ الكتابة منزلة العود إلى الملك.

و لو عاد المرتدّ: من المولى أو الأمة، حلّ الوطء من غير استبراء لمثل ذلك، إلّا إذا بيعت عليه، أو وطئها غيره وطئاً محترماً، أو ارتدّ المولى عن فطرة. و للعامّة فى ذلك وجهان.

و لو طلّق الزوج لم تحلّ على المولى إلّا بعد العدّة لعموم الأدلّة و تكفى عن الاستبراء كان المولى هو الأوّل أو آخر، وفاقاً للخلاف و للمبسوط فى المولى الأوّل، لأنّا إنّما أُمرنا بتحصيل العلم بالبراءة بالتربّص إحدى المُدَد المعهودة و هو معنى الاستبراء، و أُبيح لنا الوقوع عليها بعد ذلك، و قد حصل بانقضاء العدّة، و الأصل البراءة من الزائد.

و خلافاً للسرائر و المبسوط فى المولى المشترى لها فى العدّة، بناءً على أنّهما حكمان لمكلّفين لا يتداخلان. و يظهر ضعفه بما ذكرنا، أو على كون الانتقال سبباً للاستبراء، و الأصل عدم تداخل الأسباب. و هو ممنوع.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ١٤٨

و لو أسلمت الحربيّة بعد الاستبراء أو فيه لم يجب استبراء ثانٍ للأصل من دون معارض. و للعامّة قول بالوجوب، بناءً على أنّه الآن تجدّد ملكُه الاستمتاعَ.

و كذا لو استبرأها فى حال الإحرام أو الصوم أو الاعتكاف لذلك.

و لو مات مولى الأمة المزوّجة أو أعتقها و لم تفسخ النكاح هى إن أُعتقت، و لا الوارث إن مات، فيجوز أن يكون «تُفسخ» بصيغة المجهول، كما يجوز أن يكون بصيغة المؤنث المعلوم لم يجب الاستبراء على الزوج و للعامّة وجه بالوجوب ضعيف، مبنىّ على أنّ الانتقال يوجب الاستبراء و إن كانت مشغولة بزوج.

و لو باعها من رجل و لم يسلّم ثمّ تقايلا أو ردّ لعيبٍ أو خيار لم يجب الاستبراء للعلم بالبراءة، لانتفاء التسليم فى الأوّل، و منع الوطء من الردّ فى الثانى.

و فى المبسوط: إذا باع جارية من امرأة ثقة و قبضها ثمّ استقالها فأقالته جاز له أن لا يستبرئها و يطأها، و الأحوط أن يستبرئها إن كان قبضها.

و هل يحرم فى مدّة الاستبراء غير الوطء من وجوه الاستمتاع؟ إشكال: من الأصل، و انتفاء الموجب من احتمال اختلاط الماءين. و الأخبار: كصحيح محمّد بن إسماعيل قال للرضا (عليه السّلام): يحلّ للمشترى ملامستها؟ قال: نعم، و لا يقرب فرجها «١». و خبر عمّار قال للصادق (عليه السّلام): فيحلّ له أن يأتيها دون الفرج؟ قال: نعم قبل أن يستبرئها «٢». و ما مرّ من خبر التفخيذ «٣» و غير ذلك. و هو خيرة المبسوط و الخلاف و موضع من التحرير و هو الأقوى، و نقل عليه الإجماع فى الخلاف.

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۴ ب ۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۱۶ ب ۱۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۱ ب ۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

و من أنّها معتدّة من الغير، و أنّ من حام حول الحمى أوشك أن يقع فيه. و بعض الأخبار: كخبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يشترى الجارية التى لم تبلغ المحيض، و إذا قعدت من المحيض، ما عدّتها؟ و ما يحلّ للرجل من الأمة حتّى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: إذا قعدت من المحيض أو لم تحض فلا عدّة لها، و التى تحيض فلا يقربها حتّى تحيض و تطهر «۱». و هو مختاره فى موضع من التحرير.

و لو وطئ المشترى فى مدّة الاستبراء أو استمتع بغيره و حرّمناه لم يمنع ذلك كون المدّة محسوبةً من الاستبراء لعدم التنافى. نعم إن ظهر حمل لزم الاجتناب عنها حتّى تضع أو يعلم انتفاء الحمل و هى للبائع، أو تمضى أربعة أشهر و عشرة أيّام. و يظهر منه أنّه لا يسقط به الاستبراء.

و تردّد الشهيد: من عدم الخروج عن العهدة. و من انتفاء الثمرة، إذ لو ظهر ولد يمكن تجدّده لحق به.

و لا يمنع وجوب الاستبراء على البائع أو المشترى من تسليم الجارية إلى المشترى بل إذا نقد المشترى الثمن وجب تسليمها إليه إلّا برضاه، جميلة كانت أو قبيحة، لأنّها مبيع لا خيار فيه، فإذا نقد الثمن وجب التسليم كسائر البياعات، و خصوصاً إذا كان الواجب هو استبراء المشترى. و قال مالك: إن كانت جميلة وضعت عند عدل للتهمة. و ضعفه ظاهر.

و يجوز أى: يصحّ بيع الموطوءة فى الحال و إن أثم بترك الاستبراء، لعدم الدليل على البطلان، و لأنّه مقتضى وجوب الاستبراء على المشترى.

و لا يجوز تزويجها من غير الواطئ إلّا بعد الاستبراء للاتّفاق على حرمة نكاح الموطوءة وطئاً محترماً قبل الاستبراء، و الفرق بينه و بين البيع بيّن خلافاً لأبى حنيفة فأجاز التزويج و وطء الزوج فى الحال.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۴۹۹ ب ۳ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

و لا يسقط الاستبراء إن أعتقها أو باعها فإنّه إذا علم الوطء المحترم لم يجز النكاح ما لم يعلم براءة الرحم. و للعامّة قول بالسقوط. و لهم قول آخر بأنّه إن استبرأها ثمّ أعتقها أو باعها لم يتزوج إلّا بعد استبراء ثان. و يمكن أن تكون العبارة إيماءً إلى خلافه أيضاً.

[الفصل السابع فى اجتماع العدّتين]

الفصل السابع فى اجتماع العدّتين لو طلّق بائناً و وطئ فى العدّة للشبهة، استأنفت عدّة كاملة و تداخلت العدّتان وفاقاً للمحقّق «۱» لأنّ العدّتين إنّما تعلّقتا بواحد، و الموجب لهما حقيقة إنّما هو الوطء، و إذا استأنفت عدّة كاملة ظهرت براءة الرحم بانقضائها. و للأخبار الناطقة بالتداخل مع مغايرة الواطئ للمطلّق «۲» فمع الاتّحاد أولى، و أطلق الأكثر عدم تداخل العدّتين.

و لو وطئ المطلّقة رجعيّاً فإن كان يعرفها و قصد وطأها كان رجعة كما عرفت، و إن وطئها بظنّ أنّها غير الزوجة لم يكن رجعة و

كان وطء شبهة له عدّة، و العدّتان تتداخلان لما عرفت، و لذلك وجب استئناف العدّة.

و إذا قلنا بالتداخل فإن وقع الوطء فى القرء الأوّل أو الثانى أو الثالث من عدّة البائن أو الرجعىّ فالباقى من العدّة الأُولى يُحسب للعدّتين ثمّ يكمل الثانية و له أن يراجع إن كانت رجعيّة فى بقية الأُولى دون ما يخصّ الثانية للبينونة بانقضاء عدّة الطلاق.

و لو وطئ امرأة بالشبهة ثمّ وطئها ثانياً بالشبهة تداخلت العدّتان كما كانتا تتداخلان مع صحّة أحد الوطءين، و كون الآخر عن شبهة لما عرفت.

و لا فرق عندنا بين كون العدّتين من جنسٍ واحدٍ أو جنسين، بأن يكون إحداهما مثلًا بالأقراء و الثانية بالحمل خلافاً للعامّة، فإنّ لهم

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۴۶.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۴۴ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها.

وجهاً بعدم التداخل إذا اختلف الجنس «١».

و لو طلّق رجعيّاً و وطئها بظنّ أنّها غيرها بعد مضيّ قرء مثلًا فحملت و انقطع الدم كان له الرجعة قبل الوضع، لأنّ الحمل لا يتبعّض ليحسب بعضه من الاولى و الباقى من الثانية فيكون جميع أيّامه محسوباً من بقيّة الأُولى و جميع الثانية لعموم آية «وَ أُولٰاتُ الْأَحْمٰالِ» «٢». و لأنّ عدّتها الاولى كانت بالأقراء، و لا قرء فى الحمل، و إنّما تنقلب إلى الأشهر إذا لم يكن حمل. و للعامّة قول بسقوط الرجعة «٣» بناءً على سقوط عدّة الطلاق.

و لو طلّقها رجعيّاً ثمّ راجعها ثمّ طلّقها قبل الوطء بعد الرجعة استأنفت عدّة كاملة عندنا، رجعيّة كانت الطلقة الثانية أو بائنة، لأنّها فى العدّة الرجعيّة زوجة، و الرجعة إنّما هى استبقاء «۴» الزوجيّة الاولى، فيشملها عمومات ما دلّ على اعتداد الزوجة المدخول بها بثلاثة أقراء أو أشهر. و للعامّة قول بالبناء «۵». و لو فسخت النكاح فى عدّة الرجعىّ ففى الاكتفاء بالإكمال أو الاستئناف إشكال: من أنّ الفسخ إنّما أفاد البينونة و زيادة قوّة فى الطلاق من غير رجوع إلى الزوجيّة، أو حصول وطء محترم، و هو خيرة المبسوط «۶».

و من أنّ الطلاق و الفسخ سببان للعدّة و الأصل عدم التداخل، و لمّا كانت عدّتهما حقّين لمكلّف واحد، و أبطل الفسخُ حكمَ الطلاق، و لذا لا تثبت له معه الرجعة، استأنفت عدّة الفسخ.

و لو خالعها بعد الرجعة قيل فى المبسوط لا عدّة عليها «٧» بناءً على أنّ الرجعة أبطلت حكم الطلاق من العدّة و خالعها قبل الدخول، فكان كما لو أبانها ثمّ تزوّجها بعقد جديد ثمّ طلّقها قبل الدخول. و ليس بجيّد فإنّ

---

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٢٨.

(٢) الطلاق: ۴.

(٣) الشرح الكبير: ج ٩ ص ١۴٣.

(۴) فى «ن»: استيفاء الزوجيّة.

(۵) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٢٧ ١٢٨.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ٢۶٨.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۲۵۰.

المطلّقة الرجعيّة باقية على حكم الزوجيّة «١» فإنّما وقع الخلع فى النكاح الّذى وقع فيه الدخول.

أمّا لو خالعها بعد الدخول ثمّ تزوّجها فى العدّة ثمّ طلّقها قبل الدخول فلا عدّة عليها على رأى وفاقاً للشيخ «٢» و المحقق، لأنّه طلاق فى نكاح لم يقع فيه الدخول «٣» فيشمله العمومات مع حصول العلم ببراءة الرحم بحيضة قبل الخلع، فإنّه لا يجوز إلّا فى طهر لم يجامع فيه.

و فى المهذّب: عليها إكمال ما بقى من العدّة «۴» استصحاباً لما لزمتها من العدّة، و للدخول فى عموم أدلّة اعتداد المطلّقات مع صدق المسّ و إن كان فى نكاح آخر، و منع حصول العلم ببراءة الرحم إلّا بثلاث حيض أو ثلاثة أشهر مثلًا لا بحيضة، كما يرشد إليه الأخبار «۵» و الاعتداد بها.

و لو تزوّجت المطلّقة فى العدّة بغير المطلّق لم يصحّ و لم ينقطع عدّة الأوّل و هو ظاهر.

فإن وطئها الثانى عالماً بالتحريم كان زانياً لا عبرة بوطئه فهى باقية فى عدّة الأوّل و إن حملت منه و لا عدّة للثانى و عدّة الأوّل لا تنقضى قبل الوضع، لما عرفت من أنّ الحمل لا يتبعّض.

و لو كان جاهلًا بالتحريم كان لوطئه حرمة، فيجتمع عليها عدّتان و لا يخلو إمّا أن حملت أو لا، فإن لم تحمل أتمّت عدّة الأوّل لسبقها بلا مانع من إتمامها و استأنفت أُخرى للثانى.

و هل للأوّل أن يتزوّجها إن كان الطلاق بائناً فى تتمّة عدّته؟ الأقرب المنع، لأنّ وطء الثانى يمنع من نكاحها بعد امتداد الزمان إلى انقضاء العدّة الأُولى، لكونها فى عدّته ففى «۶» القرب أولى و إن لم تكن فى

---

(١) فى ق، ن: «الرجعيّة».

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵٠.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۴۶.

(۴) المهذّب: ج ٢ ص ٣٢٢.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴١٠ ب ۴ من أبواب العدد.

(۶) فى قواعد الأحكام: فمع.

عدّته، و قد يمنع الأولويّة فإنّها ليست بزوجة الغير و لا معتدّة منه، غاية الأمر حرمة الوطء. و لأنّ التزويج الصحيح فى الظاهر بالثانى يُسقط عدّته أى الأوّل، فإنّها صارت به فراشاً للثانى، و الاعتداد لا يجامع الاستفراش فيثبت حكم عدّة الثانى و لو فى الزمان المحسوب من عدّة الأوّل فيمتنع عليه أى الأوّل الاستمتاع بها ما لم تخرج من عدّة الثانى.

و كلّ نكاح لم يتعقّبه حِلّ الاستمتاع كان باطلًا فإنّه علّة تامّة له، و لذا لا يجوز له نكاح المُحْرِم و المُحْرِمة، و الحيض و الصغر و نحوهما إنّما يمنع من بعض وجوه الاستمتاع.

و الفرق بينه و بين الرجعة ظاهر، فإنّها استدامة للنكاح، و الاستدامة تجامع موانع الاستمتاع، إذ لو وُطئت زوجته لشبهة كانت عليها العدّة، و حرم الاستمتاع بها على الزوج.

و إن نوقش فى تماميّة علّيّة النكاح لِحلّ الاستماع، قلنا: إنّه علّة تامّة لخلوص المرأة عن حقوق الغير و تخلّصها له كسائر العقود، و

هى هنا مشغولة بحقّ الزوج الثانى.
و الصواب الاقتصار عليه فى الاستدلال، لأنّه يرد على ما ذكره منع إسقاط التزويج عدّة الأوّل، إلّا فى الظاهر قبل ظهور الفساد، و هو لا يفيد ثبوت حكم عدّة الثانى مطلقاً.
و دليل خلاف الأقرب: أنّه لا مانع كما عرفت إلّا الاشتغال بحقّ الواطئ شبهة فى الجملة. و منعه ممنوع، فإنّه لا يمنع منه استدامة، فلم لا- يجوز أن لا- يمنع منه ابتداءً. و يظهر ضعفه من الاتّفاق على أنّه ليس لأجنبىّ أن ينكح امرأة فى عدّة شبهة، و ليس إلّا للاشتغال بحقّ الغير و هو مشترك، و إن لم تأخذ هنا فى عدّتها، إذ لا ملازمة بين الاعتداد و الاشتغال.
و لو كان طلاق هذه المرأة رجعيّاً جاز له الرجعة بلا إشكال لأنّ طريقها أى الرجعة طريق الاستدامة و لا إشكال فى استدامة الموطوءة

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٥٤
شبهة و لهذا جوّزناها أى الرجعة فى الإحرام مع امتناع الابتداء فيه.
و لو حملت فإن كان الحمل من الأوّل اعتدّت بوضعه له و للثانى بثلاثة أقراء بعد الوضع و لا تداخل، و إن كان من الثانى اعتدّت بوضعه له و أكملت عدّة الأوّل بعد الوضع فإنّ ضرورة الحمل من الثانى دعت إلى تقديم عدّته على إكمال عدّة الأوّل.
و إن كان الطلاق رجعيّاً كان له الرجعة فى زمن الإكمال دون زمان الحمل لأنّه ليس من عدّته فى شيء، و إنّما له الرجعة فى عدّته، فإنّها فى عدّة الغير محرّمة عليه.
و فيه: أنّ الرجعة استدامة، و هى لا تنافى الاعتداد من الغير.
و فى المبسوط: أنّ مذهبنا أنّ له الرجعة فى زمن الحمل، قال: لأنّ الرجعة تثبت بالطلاق، فلم تنقطع حتّى تنقضى العدّة، و هذه ما لم تضع الحمل و تُكْمل عدّة الأوّل، فعدّتها «١» لم تنقض، فيثبت الرجعة عليها و له الرجعة ما دامت حاملًا، و بعد أن تضع مدّة النفاس، و إلى أن تنقضى عدّتها بالأقراء. قال: و إذا قلنا: لا رجعة له عليها فى حال الحمل ما دامت حاملًا لا رجعة، فإذا وضعت ثبت له عليها الرجعة، و إن كانت فى مدّة النفاس لم تشرع فى عدّتها منه، لأنّ عدّة الأوّل قد انقضت فثبت له الرجعة و إن لم تكن معتدّة عنه فى تلك الحال كحالة الحيض فى العدّة «٢».
قلت: و يؤيّده أنّ المانع من الرجعة إنّما كان الاعتداد من الغير و قد انقضى.
و لو انتفى الحمل عنهما أكملت بعد وضعه عدّة الأوّل، و استأنفت عدّة للأخير و للعامّة قول بأنّه إن كان الطلاق بائناً اعتدّت بالوضع عن أحدهما لا بعينه «٣» لإمكان أن يكون منه، لأنّه لو أقرّ به لحقه، ثمّ تعتدّ بعد الوضع عن الآخر بثلاثة أقراء استظهاراً. و إن كان رجعيّاً اعتدّت به عن الأوّل، ثمّ بثلاثة أقراء عن الثانى.

---

(١) فى المصدر: فعندنا.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ٢٧١.

(٣) انظر المدوّنة الكبرى: ج ٢ ص ٤٤٠.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٥٥
و لو احتمل أن يكون منهما قيل فى المبسوط يقرع عندنا «١» فتعتدّ بوضعه لمن يلحق به فإن لحق الأوّل اعتدّت بعد الوضع للثانى بثلاثة أقراء، و إن لحق الثانى أكملت بعد الوضع عدّة الأوّل.
و الأقرب أنّه للثانى، لأنّها الآن فراشه فيشمله «الولد للفراش» و فراش الأوّل قد زال بالطلاق، و للأصل، و الأخبار «٢».

و لو نكحت فى العدّة الرجعيّة فحملت من الثانى اعتدّت له بوضعه، ثمّ أكملت بعد الوضع عدّة الأوّل، و للأوّل الرجعة فى تتمّة العدّة لا زمان الحمل و هذا تكرار لما تقدّم، إنّما نشأ من طغيان القلم.

و بالجملة لا تتداخل العدّتان إذا كانتا لشخصين فى المشهور، و حكى الإجماع عليه فى الخلاف «٣» لأنّهما حقّان لمكلّفين بسببين، و الأصل عدم التداخل.

و لحسن الحلبىّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن المرأة «۴» يموت زوجها فتضع و تزوّج قبل أن تمضى لها أربعة أشهر و عشراً، فقال: إن كان دخل بها فرّق بينهما ثمّ لم تحلّ له أبداً و اعتدّت بما بقى عليها من الأوّل، و استقبلت عدّة اخرى من الآخر ثلاثة قروء، و إن لم يكن دخل بها فرّق بينهما و اعتدّت بما بقى عليها من الأوّل، و هو خاطب من الخطّاب «۵». و نحوه عن عبد الكريم عن محمّد بن مسلم «۶».

و لإجماع الصحابة كما ذكره المرتضى فى الطبريّات قال: لأنّه روى أنّ امرأة نكحت فى العدّة ففرّق بينهما أمير المؤمنين، و قال (عليه السّلام): أيّما امرأة نكحت فى عدّتها فإن لم يدخل بها زوجها الّذى تزوّجها فإنّها تعتدّ من الأوّل، و لا عدّة عليها

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٢۶٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ۵۶٨ ب ۵٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٣) الخلاف: ج ۵ ص ٧۵ ٧۶ مسألة ٣١.

(۴) فى وسائل الشيعة زيادة: الحُبلى.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۴۶ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ۶.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۴۴ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ٢.

للثانى و كان خاطباً من الخطّاب، و إن كان قد دخل بها فرّق بينهما و تأتى ببقيّة العدّة عن الأوّل ثمّ تأتى عن الثانى بثلاثة أقراء مستقبلة.

و روى مثل ذلك عن عمر بعينه، و أنّ طُليحة كانت تحت رشيد الثقفىّ فطلّقها فنكحت فى العدّة، فضربها عمر و ضرب زوجها بِمِخْفَقَة و فرّق بينهما، ثمّ قال: أيّما امرأة نكحت فى عدّتها فإن لم يدخل بها زوجها الّذى تزوّجها فإنّها تعتدّ عن الأوّل و لا عدّة عليها للثانى، و كان خاطباً من الخطّاب، و إن كان دخل بها فرّق بينهما و أتت ببقيّة عدّة الأوّل ثمّ تعتدّ عن الثانى، و لا تحلّ له أبداً و لم يظهر خلاف لما فعل فصار إجماعاً «١» انتهى.

و عن أبى علىّ: أنّهما يتداخلان «٢». و كذا قال الصدوق فى موضع من المقنع، قال: إذا نُعى إلى امرأة زوجُها فاعتدّت و تزوّجت، ثمّ قدم زوجها فطلّقها و طلّقها الآخر فإنّها تعتدّ عدّة واحدة ثلاثة قروء «٣». مع قوله فى موضع آخر: إذا تزوّج الرجل امرأة فى عدّتها و لم يعلم، و كانت هى قد علمت أنّه بقى من عدّتها ثمّ قذفها بعد علمه بذلك، فإن كانت علمت أنّ الّذى عملت محرّم عليها فقَدَمت على ذلك فإنّ عليها الحدّ حدّ الزانى، و لا أرى على زوجها حين قذفها شيئاً، فإن فعلت بجهالة منها ثمّ قذفها ضرب قاذفها الحدّ و فرّق بينهما، و تعتدّ من عدّتها الاولى، و تعتدّ بعد ذلك عدّة كاملة «۴».

و دليل التداخل أصالة البراءة، و حصول العلم بالبراءة بالاعتداد بأطولهما، و بعض الأخبار: كصحيح زرارة عن الباقر (عليه السّلام): فى امرأة تزوّجت قبل أن تنقضى عدّتها، قال: يفرّق بينهما و تعتدّ عدّة واحدة منهما جميعاً «۵». و نحو صحيح

---

(١) قاله فى الناصريّات: ص ٣٦٢ مسألة ١٧١.

(٢) العبارة المحكيّة عنه خلاف ذلك، انظر مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٥٢٥.

(٣) المقنع: ص ٣٥٤.

(۴) المقنع: ص ٣٢٨. و فى النسخ: و لا أدرى على زوجها .. شيئاً، و ما أثبتناه من المصدر.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۴٧ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ١١.

أبى العباس عن الصادق (عليه السّلام) «١».

و خبر زرارة عن الباقر (عليه السّلام): فى امرأة فقدت زوجها أو نُعى إليها فتزوّجت ثمّ قدم زوجها بعد ذلك فطلّقها و قال: تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة «٢».

و حملها الشيخ على عدم دخول الثانى بها «٣». فما فيها من أنّها «تعتدّ منهما» بمعنى أنّه لا عدّة عليها من الثانى.

و الحدّ يسقط مع وطء الشبهة كسائر الحدود تسقط بالشبهات و تجب العدّة للواطئ بشبهة و إن كانت المرأة عالمة، و يلحق به لا بها الولد، و تحدّ المرأة، و لا مهر لها مع علمها بالتحريم كلّ ذلك بالنصّ «۴» و الإجماع.

و إن انعكس الأمر بأن كان عالماً و هى جاهلة، لحق بها الولد دونه، و حدّ دونها، و لها المهر، و لا عدّة عليها، و إن لم يكن الولد ولد زنا كما نصّ عليه الأصحاب، فإنّ العدّة إنّما هى حقّ الواطئ، فإذا لم يحترم وطؤه لم يكن له عدّة.

و لو كانت الموطوءة شبهة أمةً لغيره وجب عليه قيمة الولد لمولاه يوم سقط حيّاً كما تقدّم، لكونه لماء ملكه و لحق به أى بالواطئ و عليه المهر لأمثالها إن لم يسمّ لها أو مطلقاً لمولاها و إن كانت زانية.

و قيل فى المقنع «۵» و النهاية «۶» و المهذّب «٧» و الوسيلة «٨» و الجامع «٩»: يلزمه العشر لقيمتها إن كانت بكراً أو نصفه «١٠» إن كانت ثيباً، و قد تقدّم جميع ذلك فى النكاح.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۴٧ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ١٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۶٨ ب ٣٨ من أبواب العدد ح ٢ مع اختلافٍ.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣٠٨ ذيل حديث ١٢٨٠.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٣۴٨ و ٣۴٩ ب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها ح ١٧ و ١٨.

(۵) المقنع: ص ٣١٣.

(۶) النهاية: ج ٢ ص ٣۴٢.

(٧) المهذّب: ج ٢ ص ٢١٧.

(٨) الوسيلة: ص ٣٠٣.

(٩) الجامع للشرائع: ص ۴۴٧.

(١٠) فى قواعد الأحكام: نصف العشر.

و ابتداء عدّة الطلاق من حين وقوعه، حاضراً كان الزوج أو غائباً بالإجماع كما فى الناصريّات «١» و يدلّ عليه الأصل، و العمومات و الخصوصات، كقول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح محمّد بن مسلم: إذا طلّق الرجل و هو غائب فليشهد على ذلك،

فإذا مضـى ثلاثـهٔ أقراء من ذلك اليوم انقضت عدّتها «٢». و فى حسن زرارهٔ و محمّـد بن مسـلم و بريـد بن معاويهٔ فى الغائب إذا طلّق امرأته: أنّها تعتدّ من اليوم الّذى طلّقها «٣».

[و عند التقىّ تعتدّ من بلوغ الخبر، لظاهر الآيتين، و لأنّ العدّهٔ عبادهٔ لا بدّ لها من النيّهٔ «۴» «۵»].

و ابتـداء عدّهٔ الوفاهٔ من حين بلوغ الخبر وفاقاً للأكثر. و فى الناصـريّات: أنّ عليه الاتّفاق، لشذوذ المخالف «۶». و فى السرائر: بغير خلاف بين أصحابنا «٧» للحداد كما تضـمّنَتْه الأخبار «٨» أى: لأنّه يجب عليها الحـداد فى العـدّهٔ، و لا تحدّ ما لم يبلغها الخبر فلا تعتـدّ إلّا حينئـذٍ، و الروايات بـذلك كثيرهٔ، كقول الباقر (عليه السّـلام) فى صـحيح محمّـد بن مسـلم: و المُتوفّى عنها زوجُها و هو غائب تعتـدّ من يوم يبلغها، و لو كان قد مات قبل ذلك بسـنهٔ أو سـنتين «٩». و فى حسن بريـد بن معاويـهٔ: المتوفّى عنها تعتدّ من يوم يأتيها الخبر، لأنّها تحدّ عليه «١٠». و قول الرضا (عليه السّـلام) فى حسن البزنطى: المُتوفّى عنها زوجُها تعتدّ حين يبلغها، لأنّها تريد أن تَحُدّ له «١١».

---

(١) مسائل الناصريّات: ص ٣٥٩.

(٢) وسائل الشيعهٔ: ج ١۵ ص ۴۴۴ ب ٢۶ من أبواب العدد ح ١.

(٣) وسائل الشيعهٔ: ج ١۵ ص ۴۴۴ ب ٢۶ من أبواب العدد ح ٣.

(۴) الكافى فى الفقه: ص ٣١٣.

(۵) ما بين المعقوفتين ليس فى ن، ق.

(۶) مسائل الناصريّات: ص ٣۶٠.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٩.

(٨) وسائل الشيعهٔ: ج ١۵ ص ۴۴۶ ب ٢٨ من أبواب العدد.

(٩) وسائل الشيعهٔ: ج ١۵ ص ۴۴٨ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ٨.

(١٠) وسائل الشيعهٔ: ج ١۵ ص ۴۴۶ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ٣.

(١١) وسائل الشيعهٔ: ج ١۵ ص ۴۴٩ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ١۴.

و استدلّ أيضاً بقوله تعالى: «يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ» «١» فإنّها إن اعتدّت من الموت لم يحصل إلّا مرور الزمان عليها لا تربّصها بنفسها، و آيهٔ الطلاق و إن أعطت ذلك بظاهرها، لكنّها عورضت بما صرفها عن الظاهر.

و إذا كان الاحتساب من البلوغ للحداد فيشـكل فى الأمهٔ إذ لا حداد عليها. و الأقرب أنّها كذلك، لعموم الأدلّهٔ هنا و إن اختصّت هـذه العلّهٔ بغيرها. و سوّى أبو علىّ بينها و بين عدّهٔ الطلاق «٢» لصحيح الحلبىّ قال للصادق (عليه السّلام): امرأهٔ بلغها نعى زوجها بعـد سـنهٔ أو نحو ذلـك، فقال: إن كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها، و إن كانت ليست بحبلى فقـد مضت عـدّتها إذا قامت لها البيّنـهٔ أنّه قد مات من «٣» يوم كـذا و كـذا، و إن لم يكن لها بيّنـهٔ فلتعتدّ من يوم سـمعت «۴». و خبر الحسن بن زيـاد سـأله (عليه السّـلام) عن المطلّقهٔ يطلّقها زوجها فلا تعلم إلّا بعد سنهٔ، و المُتوفّى عنها زوجُها فلا تعلم بموته إلّا بعد سنهٔ، قال: إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدّان و إلّا تعتدّان «۵».

[و يجوز أن يكون معناهما: إذا قامت البيّنـهٔ و إن كان جاء شاهـدان عـدلان قبل ذلك فاعتـدّت، و لكن إنّما حصل لها العلم بعد سنهٔ أو نحوها «۶»].

و للشيخ قول: بأنّها فى المسافة القريبة تعتدّ من الموت، و فى البعيدة من السماع «٧» لقول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح منصور بن حازم: إن كان مسيرة أيّام فمن يوم يموت زوجها تعتدّ، و إن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر، لأنّها لا بدّ أن تُحدّ له «٨».

---

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٩٨.

(٣) فى وسائل الشيعة بدل «من»: فى.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴٨ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ١٠.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴٨ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ٩.

(۶) ما بين المعقوفتين ليس فى ق.

(٧) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١۶۵ ذيل حديث ۵٧١.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴٩ ب ٢٨ من أبواب العدد ح ١٢.

و تعتدّ و إن كان المخبر فاسقاً لأنّ الأصل و ظاهر الآية الاعتداد من الموت، و إنّما عدلنا عنهما للأخبار، و هى إنّما تضمّنت بلوغ الخبر، و لخصوص الخبرين اللذين سمعتهما الآن إلّا أنّها لا تنكح إلّا بعد الثبوت، لأنّه لا يجوز إلّا مع العلم بالخلوّ عن الزوج.

و الاعتداد من الطلاق من وقوعه إنّما هو إذا علمت الوقت و لو لم تعلم وقت الطلاق اعتدّت من حين البلوغ اتّفاقاً كما يظهر، و لحسن الحلبىّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يطلّق امرأته و هو غائب عنها من أىّ يوم تعتدّ؟ قال: إن قامت لها بيّنة عدلٍ أنّها طلّقت فى يوم معلوم و تيقّنت، فلتعتدّ من يوم طلّقت «١».

و تدخل فى العلم به العلم به جملة، كما إذا بعدت المسافة بحيث يعلم أنّه لا يبلغها الخبر إلّا بعد أيّام كذا.

و لو تزوّجت بعد عدّة الطلاق و لم تعلم بالطلاق ظنّته أم لا، لم تحرم عليه و إن دخل بها، و صحّ النكاح إذا صادف خروج العدّة لأنّه نكاح امرأة خالية عن الزوج و عدّته واقعاً و إن حرم التزويج، و فسد ظاهراً من جهة انتفاء العلم بالخلوّ. نعم يتوجّه الفساد إذا كانا أو أحدهما عالمين بفساده، لانتفاء القصد إلى النكاح حينئذٍ.

و كذا الأمة المُتوفّى عنها زوجُها إن لم توجب عليها الحداد و قلنا لذلك: إنّ عدّتها من حين الموت لا- من بلوغ الخبر إذا تزوّجت بعد انقضاء عدّة الوفاة بعد الموت و لم تعلم بوفاته، بخلاف الحرّة المتوفّى عنها زوجها إذا تزوّجت كذلك. نعم إذا اعتدّت بإخبار الفاسق ثمّ نكحت قبل العلم بالموت، صحّ النكاح إذا صحّ الخبر كالمطلّقة السابقة، إلّا مع العلم بالفساد كما عرفت.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴۴ ب ٢۶ من أبواب العدد ح ٢.

[الفصل الثامن فى السكنى و النفقة و فيه مطالب ثلاثة]

اشارة

الفصل الثامن فى السكنى و النفقة و إنّما اقتصر على السكنى لكثرة مباحثها. و فيه مطالب ثلاثة:

[المطلب الأول فى المستحق لها]

الأوّل: فى المستحقّ لها المطلّقة إن كانت رجعيّة استحقّت السكنى و النفقة مدّة العدّة من الطلاق حاملًا كانت أو حائلًا بالنصّ «۱» و الإجماع، و أمّا إذا وُطئت لشبهة و تأخّرت عدّتها من الطلاق كلّا أو بعضاً عن عدّتها من الشبهة، و لم نجوّز الرجعة فى عدّة الشبهة فقد عرفت الإشكال فيه فى النكاح. و إنّما تستحقّهما «۲» يوماً فيوماً كما مرّ فى الزوجة.

و إن كانت [بائناً «۳»] لم تستحقّ عندنا نفقةً و لا سكنى، سواء بانت بطلاق أو خلع أو فسخ، إن كانت حائلًا و يدلّ عليه مع الإجماع الأخبار كقول الباقر (عليه السّلام) فى خبر زرارة: إنّ المطلّقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها «۴». و خبر عبد اللّه بن سنان سأل الصادق (عليه السّلام) عن المطلّقة ثلاثاً هل لها سكنى و نفقة؟ قال: لا «۵». و قوله (عليه السّلام) فى خبر رفاعة: المختلعة لا سكنى لها و لا نفقة «۶».

و من العامّة من أثبتهما لها. و منهم من أثبت السكنى دون النفقة «۷».

و إن كانت حاملًا استحقّت النفقة و السكنى إلى أن تضع بالنصوص و الإجماع، و إن اختلف فى أنّ ذلك للحمل أو للحامل.

و لا فرق بين الذمّيّة و المسلمة فى الاستحقاق و عدمه بلا خلاف، لعموم الأدلّة.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۱ ب ۸ من أبواب النفقات.

(۲) فى ط، ن: تستحقّها.

(۳) فى قواعد الأحكام: بائنة.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۲ ب ۸ من أبواب النفقات ح ۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۳ ب ۸ من أبواب النفقات ح ۵.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۵ ب ۱۳ من أبواب الخلع و المباراة ح ۲.

(۷) راجع المجموع: ج ۱۸ ص ۲۷۶ ۲۷۷.

أمّا الأمة فلا يجب على السيّد كما مرّ فى النكاح تسليمها إلى الزوج دائماً أى ليلًا و نهاراً لأنّ له حقّا فى خدمتها، و لكن له أن يستخدمها فى وقت الخدمة و هو النهار غالباً و إنّما عليه أن يسلّمها إلى الزوج فى وقت الفراغ و هو الليل غالباً، و قد ينعكس الأمر، و لذا أبهم، و لذلك لا تستحقّ النفقة كما عرفت، لانتفاء التمكين التامّ.

فإن سلّمها إلى الزوج دائماً استحقّت النفقة و السكنى فى زمان النكاح، و كذا إن سلّمها إليه دائماً فى العدّة الرجعيّة استحقّتهما.

و لو رجعت المختلعة فى البذل استحقّت النفقة و السكنى من حين علم الزوج بالرجوع، لانقلابها رجعيّة، و سيأتى استشكاله فيه

و الموطوءة للشبهة لا سكنى لها و لا نفقة للأصل من غير معارض و كذلك المنكوحة نكاحاً فاسداً، و أُمّ الولد إذا أعتقها سيّدها.

أمّا لو كانت إحداهنّ حاملًا من الواطئ أو المولى فإنّها تستحقّ النفقة و السكنى على إشكال تقدّمت الإشارة إليه فى النكاح من الإشكال فى كونهما للحمل أو للحامل.

و لا نفقة اتّفاقاً للمُتوفّى عنها زوجُها و لا سكنى من مال الزوج، إذ لا مال له فإن كانت حاملًا قيل فى النهاية «١» و الكافى «٢» و المقنع «٣» و الفقيه «۴» و الوسيلة «۵» و غيرها ينفق عليها من نصيب الحمل من الميراث، لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى الصباح الكنانىّ: المرأة المتوفّى عنها زوجُها ينفق عليها من مال ولدها الّذى فى بطنها «۶» و قول أحدهما (عليهما السّلام) فى صحيح محمّد

(١) النهاية: ج ٢ ص ۴٠٩.

(٢) الكافى فى الفقه: ص ٣١٣.

(٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٩٣.

(۴) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۵١٠ ذيل حديث ۴٧٩٠.

(۵) الوسيلة: ص ٣٢٩.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣۶ ب ١٠ من أبواب النفقات ح ١.

ابن مسلم: المُتوفّى عنها زوجُها ينفق عليها من ماله «١» بناءً على عود الضمير على الولد، و إن لم يجر له ذكر.

و الأقرب السقوط وفاقاً للحسن «٢» و ابن إدريس «٣» و المحقّق «۴» و المفيد فى التمهيد «۵» كانت النفقة للحمل أو للحامل، للأصل و الأخبار، و هى كثيرة كصحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السّلام) سأله عن المُتوفّى عنها زوجُها إلها نفقة؟ قال: لا، ينفق عليها من مالها «۶» و حسن الحلبىّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن الحبلى المُتوفّى عنها زوجُها هل لها نفقة؟ قال: لا «٧».

و لأنّ نفقة الأُمّ إنّما تجب على الولد إذا كانت معسرة و هى موسرة بما ورثته. و هو ممنوع. و لأنّه لا مال للولد ما لم يتولّد فكيف ينفق عليها من مالها؟

و لا يفيد ما فى النكت: من أنّه يعزل له نصيب من التركة فمنه ينفق عليها «٨». و ما فى الجامع: من أنّه ينفق عليها من نصيبه إن كانت معسرة «٩» لأنّه تعريض لمال الورثة للتلف.

و فى المختلف: أنّه إن كانت النفقة للحمل أُنفق عليها، و إلّا فلا «١٠».

و فى خبر السكونىّ عن جعفر عن أبيه عن علىّ (عليه السّلام): نفقة الحامل المُتوفّى عنها زوجُها من جميع المال حتّى تضع «١١».

و هو مع الضعف و المعارضة للإجماع و الأخبار «١٢» يحتمل الاستحباب، و أنّ الإنفاق من الجميع حتّى

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣۵ ب ٩ من أبواب النفقات ح ۴.

(٢) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٩٣.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٣٨.

(۴) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۴۵.

(۵) حكاه عنه فى السرائر: ج ٢ ص ٧٣٨.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۵ ب ۹ من أبواب النفقات ح ۶.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۴ ب ۹ من أبواب النفقات ح ۱ لم يرد الخبر فى ن.

(۸) نكت النهاية: ج ۲ ص ۴۹۰.

(۹) الجامع للشرائع: ص ۴۷۲.

(۱۰) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۹۳.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۶ ب ۱۰ من أبواب النفقات ح ۲.

(۱۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۳۴ ب ۹ من أبواب النفقات.

إذا وضعت الولد حيّاً أخذت النفقة من نصيبه.

و لو طلّقها رجعيّاً ناشزاً لم تستحقّ سكنى و لا نفقة لأنّها فى صلب النكاح لا تستحقّها ففى العدّة أولى إلّا أن تكون حاملًا منه و قلنا: النفقة للحمل، و لو أطاعت فى أثناء العدّة استحقّت لأنّ استحقاقها فيها لا يتبع استحقاقها فى النكاح.

و كذا لو نشزت فى أثناء العدّة سقطت السكنى و النفقة، إلّا أن تكون حاملًا و قلنا: النفقة للحمل فإن عادت استحقّت.

و لو فسخت نكاحه لردّته عن غير فطرة استحقّت النفقة و السكنى ما دامت فى العدّة، لأنّها بمنزلة الرجعيّة، فإنّه إن عاد إلى الإسلام استمرّت الزوجيّة، فالفسخ مجاز.

و لو فسخ نكاحها لردّتها لم تستحقّ شيئاً و إن كان يمكن الرجوع بعودها إلى الإسلام، لأنّها نشزت بالارتداد.

[المطلب الثانى فى صفة السكنى و أحكامها]

اشارة

المطلب الثانى فى صفة السكنى و أحكامها.

لاـ يجوز للمطلّقة رجعيّاً أن تخرج من بيتها أى البيت الّذى طُلّقت فيه ما لم تضطرّ، و لا يجوز للزوج إخراجها بالإجماع و النصّ عليهما «۱» إلّا أن تأتى بفاحشة مبيّنة بكسر الياء أى ظاهرة. أو فتحها أى مظهرة و هو على ما فى النهاية «۲» أن تفعل ما يوجب حدّا، فتخرج لإقامته عليها، و هو مناسب لمعناها اللغوىّ و العرفىّ.

و لكن لا ينحصر هنا فى ذلك، بل أدنى ما تخرج له كما ذكره المحقّق «۳» و علىّ بن إبراهيم «۴» [و غيرهما] «۵» أن تُؤذى أهل الزوج الساكنين هناك و تستطيل عليهم بلسانها قال فى النهاية: و قد روى أن أدنى

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۳۴ ب ۱۸ من أبواب الطلاق.

(۲) النهاية: ج ۲ ص ۴۸۴.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۴۲.

(۴) تفسير القمّى: ج ۲ ص ۳۷۴.

(۵) لم يرد فى ن.

ما يجوز له معه إخراجها أن تؤذى أهل الرجل «١». و فى التبيان اقتصر عليه و قال: و هو المروىّ عن أبى جعفر (عليه السّلام) و أبى عبد اللّه (عليه السّلام) «٢». و كذا اقتصر عليه فى الخلاف «٣» و المبسوط «۴» و مجمع البيان «۵» و الجامع «۶» و غيرها، و لعلّهم إنّما أرادوا بيان الأدنى كما فى النهاية لا القصر عليه.

و استدلّ عليه فى الخلاف بالإجماع. و عموم الآية. و بإخراجه (صلّى اللّه عليه و آله) فاطمة بنت قيس لمّا بذت على بيت أحمائها «٧».

و فى خبر سعد بن عبد اللّه عن القائم (عليه السّلام): أنّها السحق دون الزنا، قال (عليه السّلام): لأنّ المرأة إذا زنت و أُقيم عليها الحدّ ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزوّج بها لأجل الحدّ، و إذا سحقت وجب عليها الرجم، و الرجم خزى، و مَن قد أمر اللّه عزّ و جلّ برجمه فقد أخزاه، و من أخزاه فقد أبعده، و من أبعده فليس لأحد أن يقربه «٨».

و لو اضطرّت إلى الخروج كأن كان منزلها فى طرف البلد و خافت على نفسها بذلك جاز نقلها إلى موضع مأمون. و كذلك إذا كانت بين قوم فسقة، أو خافت انهدام المنزل، أو كان مستعاراً ففسخ المعير أو مستأجراً فانقضت مدّته و لم يمكن التجديد، أو أمكن بأكثر من اجرة المثل جاز له إخراجها إلى أقرب المواضع إليه فالأقرب، كما فى المبسوط «٩» و غيره. و فيه نظر و لها أيضاً الخروج.

و إذا انتفت الضرورة، فهل يجب العود إلى المنزل؟ وجهان: من وجوب الكون فيه، خرج منه ما دعت إليه الضرورة، فيتقدّر بقدرها. و من أنّه حرم الخروج

---

(١) النهاية: ج ٢ ص ۴٨۴.

(٢) التبيان: ج ١٠ ص ٣١.

(٣) الخلاف: ج ۵ ص ٧٠ مسألة ٢٣.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵٣.

(۵) مجمع البيان: ج ١٠ ص ٣٠۴.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴٧٢.

(٧) الخلاف: ج ۵ ص ٧٠ ٧١ مسألة ٢٣.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۴٠ ب ٢٣ من أبواب العدد ح ۴.

(٩) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵۵.

و الإخراج، إلّا فى الصور المستثناة، و الأصل البراءة من وجوب العود و الإعادة، و هو الأقوى، فيما دعت الضرورة إلى الخروج بالسكنى فى غير المنزل، لا لحاجة من زيارة أو حجّ أو حدّ، و إلّا فالأقوى الأوّل.

و لو طُلّقت فى منزل «١» دون مستحقّها من المنازل فإن رضيت بالمقام فيه، و إلّا جاز لها الخروج و المطالبة بمسكن يناسبها و إن كانت رضيت به فى النكاح، و عليه نقلها إلى أقرب المواضع إلى ذلك، فالأقرب، كما فى المبسوط «٢» و غيره. و فيه نظر كما تقدّم.

و تردّد المحقّق فى المطالبة هنا «٣» من أنّ الظاهر ما ذكره المفسّرون من كون «بُيُوتِهِنَّ» بمعنى البيوت المسكونة لهنّ فى النكاح

و هى عامّةٍ. و من أنّ لها المطالبة فى النكاح فيستصحب. و لانتفاء الضرر و الحرج. و احتمال أن يكون المراد فى الآية البيوت اللائقة بهنّ.

و الظاهر أنّها إذا لم تكن رضيت فى النكاح و كانت مقهورة على الكون فيه ضعف التردّد فيه، لتبادر غيره من «بُيُوتِهِنَّ».

و لو تمكّن الزوج من ضمّ بقعة أُخرى و لو بابتياعها أو استيجارها إليها أى إلى المنزل لكونه بقعة تصير باعتبارها مسكناً لمثلها لزمه ذلك إن لم يلزمه به غرامة أو ضرر فوق ما يلحقه من نقلها إلى آخر.

و لو كان المنزل مسكن أمثالها لكنّه يضيق عنها و عن الزوج وجب عليه الارتحال عنها.

و إذا سكنت فى مسكن أمثالها بعيدة عن الزوج و أهله فاستطالت عليه و عليهم لم تخرج منه بل يؤدّبها الحاكم بما تنزجر «۴» به لأنّه لا فائدة فى النقل، و المتيقّن من الاستثناء فى الآية الإتيان بفاحشة مضطرّة إلى الخروج.

---

(۱) فى قواعد الأحكام بدل «منزل»: مسكن.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۲۵۴.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۴۳.

(۴) فى ن، ق: تُزجر.

و لو اتّفقا على الانتقال من مسكن أمثالها إلى غيره مثله أو أزيد أو أدون لم يجز، و منعها الحاكم من الانتقال من مساكن أمثالها إلى غيره لأنّ حقّ اللّه تعالى تعلّق بالسكنى هنا، لنهيه عن الخروج و الإخراج بخلاف مدّة النكاح فإنّ السكنى فيها لحقّ الزوجة، و لذا لو لم يطالب بها لم يلزمه الإسكان و لم يتعلّق بها أمر أو نهى عن الخروج.

و أجازه الحلبيّان «۱» بناءً على أنّ المسكن لا يخرج عن حقّهما، فإذا رضيا بالخروج جاز. و هو ممنوع، بل ظاهر قوله تعالى: «لٰا تَدْرِي لَعَلَّ اللّٰهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْراً» «۲» أنّ العلّة فى ذلك التعريض للرجعة.

و للأخبار كقول الصادق (عليه السّلام) فى حسن الحلبيّ، لا ينبغى للمطلّقة أن تخرج إلّا بإذن زوجها حتّى تنقضى عدّتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر «۳». و قوله (عليه السّلام) فى خبر معاوية بن عمّار: المطلّقة تحجّ فى عدّتها إن طابت نفس زوجها «۴». و هى لا تدلّ على المتنازع، و هو الانتقال من المسكن إلى مسكن.

و لو طلّقت فى مسكن أزيد من مساكن أمثالها بأن يكون دارين ينفرد كلّ واحد بمرافقها أو داراً مشتملة على بيوت أو ساحة زائدة على استحقاقها جاز للزوج بناء حاجز بينهما إن لم يضرّها ذلك فيما يستحقّه.

و لو أراد الزوج أن يساكنها فى دار واحدة بأن يكون فى بيت منها و هى فى بيت آخر فإن كانت المطلّقة رجعيّة لم يمنع عندنا، لأنّ له وطءها و مقدّماته و يكون رجعة، و إن لم ينوها كما عرفت فالخلوة بها أولى، خلافاً للعامّة «۵».

---

(۱) الكافى فى الفقه: ص ۳۱۲. الغنية (الجوامع الفقهيّة): ص ۵۴۴ س ۲۰. و فى ق بدل «الحلبيّان»: التقىّ و ابن زهرة.

(۲) الطلاق: ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۳۴ ب ۱۸ من أبواب العدد ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۳۹ ب ۲۲ من أبواب العدد ح ۲.

(۵) انظر المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۱۸۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٦٨

و إن كانت بائنة منع للنهى عن الخلوة بامرأة أجنبيّة إلّا أن يكون معها من الثقات من يحتشمه الزوج فلا يمنع، و لكن يكره لعسر التحرّز من النظر إليها.

[و هنا ثلاثة عشر فرع]

اشارة

فروع ثلاثة عشر:

[الفرع الأول]

الأوّل: إذا اضطرّت إلى الخروج خرجت بعد نصف الليل، و عادت قبل الفجر إن تأدّت به الضرورة، لأنّه زمان احتباس الناس غالباً عن الخروج. و لقوله فى مقطوعة سماعة: فإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل، و لا تخرج نهاراً «١». و فى خبر أبى العباس قال للصادق (عليه السّلام) فى المُتوفّى عنها زوجُها: أ رأيت إن أرادت أن تخرج إلى حقّ كيف تصنع؟ قال: تخرج بعد نصف الليل و ترجع عشاء «٢».

و فى المبسوط: و إن لم تكن ضرورة لكن حاجة مثل: شراء قطن أو بيع غزل، فلا يجوز لها الخروج ليلًا للآية، و أمّا النهار فيجوز فيه الخروج للمعتدّة عن وفاة، و أمّا المطلّقة قال بعضهم: لها ذلك. و قال آخرون: ليس لها ذلك، و الأوّل أظهر فى رواياتنا، و روى ذلك عن النبى (صلّى اللّه عليه و آله) «٣» انتهى. و لعلّ ذلك لأنّ ما ذكره من الحاجة لا تقضى بالليل غالباً.

[الفرع الثانى]

الثانى: لا تخرج فى الحجّة المندوبة إلّا بإذنه فإنّها ليست من الضرورات الملجئة، و أمّا الجواز بالإذن فللأخبار، كما سمعته من خبر معاوية بن عمّار، و هذا الخروج ليس ممّا لا يفيد فيه الإذن، فإنّه الانتقال للسكنى كما عرفت. و الأحوط عدم الخروج.

و تخرج فى الواجب المضيّق و إن لم يأذن لكونه من الضرورات. و أمّا الموسَّع فإن جوّزنا لها الخروج فى المندوب بالإذن، ففيه بالإذن أولى، و أمّا بدون الإذن فلا.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٣٥ ٤٣٦ ب ١٩ من أبواب العدد ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٤٥٠ ب ٢٩ من أبواب العدد ح ٣.

(٣) المبسوط: ج ٥ ص ٢٦٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٦٩

و كذا تخرج إلى ما تضطرّ إليه و لا و صلة لها إليه إلّا بالخروج و إن لم يأذن و لها أن تخرج فى العدّة البائنة أين شاءت و إن كانت حاملًا بالاتّفاق كما يظهر منهم، و لقول الكاظم (عليه السّلام) فى الصحيح لسعد بن أبى خلف: إذا طلّق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة، فقد بانت منه ساعة طلّقها و ملكت نفسها، و لا سبيل له عليها و تذهب «١» حيث شاءت، و لا نفقة لها، قال سعد: قلت أ ليس اللّه تعالى يقول: «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ»؟ «٢» فقال: إنّما عنى بذلك التى تطلّق تطليقة بعد

تطليقة فتلك التى لا تُخرج و لا تَخرج حتّى تطلّق الثالثة، فإذا طلّقت الثالثة، فقد بانت منه و لا نفقة لها «٣». و خبر عبد اللّه بن سنان سأله (عليه السّلام) عن المطلّقة ثلاثاً على السنّة هل لها سكنى أو نفقة؟ قال: لا «۴». و هو لا ينافى ما مرّ من استحقاق البائن الحامل النفقة و السكنى.

و المُتوفّى عنها زوجها أيضاً تخرج أين شاءت و تبيت أىّ موضع أرادت للأصل من غير معارض، و للأخبار كخبر سليمان بن خالد سأل الصادق (عليه السّلام) عن امرأة توفّى عنها زوجها أين تعتدّ فى بيت زوجها أو حيث شاءت؟ قال: حيث شاءت، ثمّ قال: إنّ عليّاً (عليه السّلام) لمّا مات عمر أتى أُمّ كلثوم فأخذ بيدها فانطلق بها إلى بيته «۵».

و أمّا نحو صحيح محمّد بن مسلم «سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن المُتوفّى عنها زوجُها أين تعتدّ؟ قال: حيث شاءت و لا تبيت عن بيتها» «۶» فإنّما يدلّ على النهى عن الخروج عن البيت أىّ بيت كان، و حمله الشيخ على استحباب الاعتداد فى البيت الّذى كانت فيه فى حياة الزوج «٧».

---

(١) فى وسائل الشيعة: بدل «تذهب»: تعتدّ.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٣۶ ب ٢٠ من أبواب العدد ح ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٢٣٣ ب ٨ من أبواب العدد ح ۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۵٧ ب ٣٢ من أبواب العدد ح ١.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴۵٧ ب ٣٢ من أبواب العدد ح ٢.

(٧) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١۶٠ ذيل حديث ۵۵۶.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو ادّعى عليها غريم أحضرها مجلس الحكم إن كانت بَرْزَةً و احتيج إلى الإحضار بجَحْدها أو ادّعائها الإعسار و إلّا فلا يجوز الإحضار، بل يبعث من ينظر بينها و بين خصمها أو يستوفى الحقّ.

و لو وجب عليها حدّ أو قصاص أو امتنعت من أداء دينٍ ثابت جاز للحاكم إخراجها لإقامته و حبسها حتّى تخرج من الدين إن كانت بَرْزَة، و إلّا أُقيم عليها أو حبست فى بيتها.

[الفرع الرابع]

الرابع: البَدَوِيَّةُ تعتدّ فى المنزل الّذى طُلّقت فيه و إن كان بيتها من وَبَر أو شعر فلا يجوز لها الخروج، و لا له الإخراج عن القطعة من الأرض التى عليها القبّة أو الخيمة، و يجوز تبديلهما، فإنّ البيت هو المأوى.

فلو ارتحل النازلون به أى المنزل، و هو يعطى أن لا يكون عليها إلّا الاعتداد فى ذلك الصقع و إن انتقلت من بقعة إلى أُخرى منه، و يجوز أن يريد بِقُربه ارتحلت معهم إن لم يبق فيه أهله، للضرورة من الوحشة و الخوف إن كان و إن بقى أهلها فيه أقامت معهم إن أمنت بهم و إن لم يكن لها أهل إلّا الزوج.

و لو رحل أهلها الذين كانت تستأنس بهم فى بيتها و بقى من النازلين من فيه مَنْعَةٌ و تأمن معهم، فالأقرب وفاقاً للمبسوط «١»

جواز الارتحال مع الأهل، دفعاً لضرر الوحشة بالتفرّد عنهم و إن بقى معها الزوج.
أمّا لو هربوا أى النازلون عن الموضع لعدوّ، فإن خافت هربت معهم و إن لم يهرب، أو ينتقل أهلها للضرورة و إلّا أقامت إن بقيت أهلها لأنّ أهلها لم ينتقلوا و لا هى خائفة، فلا بها ضرورة الخوف، و لا ضرورة الوحشة.

[الفرع الخامس]

الخامس: لو طلّقها و هى فى السفينة، فإن كانت تلك السفينة مسكناً لها اعتدّت فيها لأنّها بيتها و إلّا بأن كان لها مسكن، و إنّما انتقلت

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ۲۶۰.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٧١

إلى السفينة فى السفر، ففى المبسوط أنّها إن شاءت عادت إلى منزلها فاعتدّت فيه، و إن شاءت مضت فى السفر ثمّ عادت إلى المنزل «١» إن بقى من العدّة شىء، و إلّا أسكنها حيث شاء.
و هل له حينئذٍ إسكانها فى سفينةٍ تكون معه فى السفر تناسب حالها؟ الأقرب ذلك خصوصاً إذا اعتادت السكنى فى السفن و إن لم يكن تلك السفينة مسكناً لها، لعموم «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ» «٢» و مناسبة حدوث الرجعة مع الأصل، فإنّ النهى إنّما وقع عن الخروج و الإخراج عن البيوت، فإن دخلت السفينة فى «البيوت» فلا إخراج، و إلّا فليست فى بيت ليحصل الخروج عنه. و يحتمل العدم حملًا للإسكان على الغالب.

[الفرع السادس]

السادس: لو طلّقت و هى فى دار الحرب لزمها الهجرة إلى دار الإسلام كان بيتها فى دار الهجرة أم لا، لعموم ما دلّ على وجوب الهجرة إلّا أن تكون فى موضع لا تخاف على نفسها و لا دينها.

[الفرع السابع]

السابع: لو حجر الحاكم بعد الطلاق عليه للإفلاس كانت أحقّ بالعين أى عين المسكن من الغرماء مدّة العدّة و إن لم يدخل فى المستثنيات للمديون، لتعلّق حقّها بالعين، و تقدّمه.
و ربّما قيل: بالضرب مع الغرماء، بناءً على أنّ حقّها يتجدّد يوماً فيوماً كما مرّ. و يندفع بالتعلّق بالعين، و قد يدفع بمنع التجدّد، و الفرق بينها و بين الزوجة، فإنّ استحقاق الزوجة للتمكين، و هو متجدّد بخلافها. و لو سبق الحجر على الطلاق لم تكن أحقّ بالعين، فإنّ الزوجة إنّما تستحقّ الإسكان دون عين المسكن و ضربت مع الغرماء بأُجرة المثل لمسكن مثلها و الباقى من اجرة المثل يبقى فى ذمّة الزوج فإنّ حقّها و إن تأخّر عن حقوقهم، لكنّه ثبت لها بغير اختيارها، فهو كما لو أتلف المفلس مالًا على إنسان، مع أنّ سببه فى الحقيقة الزوجيّة المتقدّمة.

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ۲۶۱.

(٢) الطلاق: ۶.

و تضرب بأُجرة جميع العدّة أمّا إن لم يتجدّد حقّها يوماً فيوماً، فظاهر، و إن تجدّد، فلأنه كلّ يوم من الحقوق الثابتة لها بغير اختيارها مع تقدّم السبب بخلاف الزوجة فإنّها إنّما تضرب بأُجرة يوم الحجر لمقارنة حقّها فيه للحجر و تأخّر ما بعده.
و كذا تضرب بالأُجرة لو كان المسكن لغيره ثمّ حجر عليه تقدّم الحجر أو الطلاق، لانتفاء التعلّق بالعين هنا، و ذلك إن لم يرض صاحب المسكن بالكون فيه و كان له ذلك، كأن كان عارية، أو كان رضى بالكون فيه بأُجرة مقدّرة من غير إيقاع صيغة، أو كان الحجر مسلّطاً للمؤجر على الفسخ و فسخ.

[الفرع الثامن]

الثامن: إذا ضربت بأُجرة المثل مع الغرماء فإن كانت معتدّةً بالأشهر فالأجرة معلومة، و إن كانت معتدّة بالأقراء أو بالحمل، ضربت مع الغرماء بأُجرة سكنى أقلّ الحمل لأنّه المتيقّن، و لا عبرة بالعادة فيه، لعدم الدليل على اعتبارها شرعاً بخلاف عادة الأقراء. و لأنّ غاية ما يفيده ضبط المُدّة إن وضعت كاملًا و ربّما أسقطت، و عدم الإسقاط لا يصير عادة، فإنّ أسبابه غالباً خارجيّة بخلاف القُرء و الحمل نفسه و زمانه مع الكمال، فإنّ عمدة السبب فى ذلك الأسباب الداخليّة من مزاج الرحم و نحوه. خلافاً للمبسوط فاعتبرها «١». و للعامّة قول باعتبار العادة الغالبة «٢» و هى تسعة أشهر.
أو بأُجرة سُكنى مدّة العادة فى الأقراء إن كانت. و ظاهر المحقّق عدم اعتبارها «٣».
فإن لم تكن عادة ضربت بأقلّ مدّة الأقراء و هى ستّة و عشرون يوماً و لحظتان، أو ثلاثة و عشرون، و ثلاث لحظات، أو ثلاثة عشر، و لحظتان، أو عشرة، و ثلاث لحظات. و للعامّة قول باعتبار الغالب «۴» و هو ثلاثة أشهر،

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵۵ ٢۵۶.

(٢) المجموع: ج ١٨ ص ١٣۵.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۴۴.

(۴) المجموع: ج ١٨ ص ١٣٩.

فإن وافقت [العدّة] «١» المدّة المضروبة تبيّن صحّة الضرب، و رجعت على الزوج المُفْلِس بباقى الأُجرة إذا أيسر.
فإن لم تضع أو لم تجتمع الأقراء فى المدّة المقدّرة أخذت نصيب الزائد تُضْرب به أيضاً مع الغرماء، لأنّه تبيّن استحقاقها للزائد، فهى كغريم ظَهَر بعد المضاربة، و إن رجعت على المُفلِس إذا أيسر فقد أحسنت إلى الغرماء.
و يحتمل أن لا يكون لها إلّا الرجوع عليه دون الضرب، لأنّا حين المضاربة قدّرنا حقّها بما قدّرناه مع تجويز الزيادة، فلا يتغيّر الحكم، بخلاف غريم لم يكن يعلم به أصلًا.
و قد يفرّق بين ما إذا قسّم المال أو لم يقسّم، و للعامّة قول بنفى الاستحقاق مطلقاً، و آخر بنفيه فى الأقراء دون الحمل «٢» لتمكّنها من إقامة البيّنة على الوضع دونها.
و لو فسد الحمل قبل أقلّ المدّة أو اجتمعت الأقراء قبل العادة رجع عليها بالتفاوت تضرب هى و الغرماء فيه، و يرجع بالباقى على الزوج إذا أيسر، إلّا أن يكون رجوع التفاوت ممّا يوجب الوفاء بالغرامات.

[الفرع التاسع]

التاسع: لو طلّقها غائباً أو غاب بعد الطلاق و لم يكن له مسكن مملوك و لا مستأجر كان حقّها من السكنى كسائر الحقوق الثابتة على الغائب، فإن [لم يتطوّع أحد بالمسكن لها و] «٣» كان له مال اكترى الحاكم من ماله مسكناً لها، و إلّا استدان الحاكم عليه [قدر] «۴» اجرة المسكن، و له أن يأذن لها فى الاستدانة عليه.

و لو استأجرت من دون إذنه، فالوجه رجوعها عليه أمكن الاستئذان أم لا كما هو قضيّة الإطلاق، لأنّ السكنى حقّ ثابت لها، لها المطالبة بها

---

(١) لم يرد فى ن، ق.

(٢) راجع المجموع: ج ١٨ ص ١۶٣.

(٣) لم يردا فى ن، ق.

(۴) لم يردا فى ن، ق.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٧۴

متى حضر من غير توقّف على الحاكم، و فى المبسوط «١» و التحرير «٢»: أنّه إنّما لها الرجوع إن لم يمكن الاستئذان.

[الفرع العاشر]

العاشر: لو سكنت فى منزلها و هو حاضر مَلِيٌّ و لم تطالب بمسكن فليس لها المطالبة بالأُجرة كان له منزل أو لا، استأذنته فى الكون فيه أو لا لأنّ الظاهر منها حينئذٍ التطوّع و إن كان له منزل مملوك أو مستأجر أو مستعار أو سكنت مع نهيه، فأظهر.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١۴١۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌٨، ص: ١٧۴

و لو قالت: كنت قصدت الرجوع عليه بالأُجرة و لم يكن له منزل و لا من يتطوّع له ففيه إشكال من معارضة الأصل و الظاهر، و الرجوع أقوى. و ظاهر الشيخ «٣» و المحقّق العدم «۴».

و لو استأجرت بنفسها مسكناً فسكنت فيه و هو حاضر لم تستحقّ أُجرته، لأنّها تستحقّ السكنى حيث يُسكنها لا حيث تتخيّر نعم لو امتنع من الإسكان ففعلت رجعت بأُجرة مثل مسكن مثلها.

و لو طُلّقت و هى فى منزلها كان لها المطالبة بمسكن غيره، أو بأُجرة مسكنها مدَّة العدّة كانت سامحته فى الزوجيّة أم لا.

[الفرع الحادى عشر]

الحادى عشر: لو مات بعد الطلاق الرجعىّ سقط حقّها من بقيّة العدّة لانقلاب عدّتها عدّة البائن إلّا مع الحمل على رأى من رأى الإنفاق عليها من نصيب الولد.

و أطلق الشيخ بقاء استحقاقها، فلم يجوّز للورثة قسمة المنزل المملوك له إلّا بعد انقضاء العدّة، قال: لأنّها استحقّت السكنى فى الدار على الصفة التى هى عليها، فإذا قسمت كان فى قسمتها ضرر عليها فلم يجز ذلك، كما لو اكترى جماعة داراً من رجل ثمّ أرادوا قسمتها لم يكن لهم ذلك، لأنّ المستأجر استحقّ منفعتها

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۶۱.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۷۶ س ۲۲.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۲۶۱.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۴۵.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۱۷۵

على صفتها و فى قسمتها ضرر عليه «۱». و اعترض عليه بأنّها إنّما تستحقّ الإسكان مع الحمل من نصيب الولد و هو أحد الورّاث.

[الفرع الثانى عشر]

الثانى عشر: لا تَسلّط للزوج عليها فى غير الرجعىّ و إن كانت حاملًا بل لها أن تسكن حيث شاءت و إن قلنا باستحقاقها السكنى مع الحمل، فإنّه من حقّها ليس له فيه حقّ.

[الفرع الثالث عشر]

الثالث عشر: لو طلّقها رجعيّاً ثمّ باع المنزل، فإن كانت معتدّة بالأقراء لم يصحّ البيع و إن كانت لها عادة مستقيمة فيها لتحقّق الجهالة فى المبيع، لاستثناء السكنى فى هذه المدّة المجهولة منه، و لا يفيد استقرار العادة، لجواز تخلّفها إلّا أن تكون جهالة يُتسامح بمثلها و هو بعيد، لتردّد العدّة حينئذٍ بين ستّة و عشرين يوماً و لحظتين، و خمسة عشر شهراً، أو سنة أو تسعة أشهر. نعم إن استثنى فى البيع أقصى المدّة صحّ بلا إشكال.

و إن كانت معتدّة بالأشهر صحّ لانضباط المنفعة المستثناة، و لا يضرّ إمكان تجدّد الحيض و الموت، فإنّ الظاهر استثناء الأشهر الثلاثة، فالمنفعة معلومة. نعم لو اشترط استثناؤها صريحاً كان أولى.

و لكن إن تجدّد الحيض، فإن انقضت العدّة قبل الأشهر كان الباقى للبائع، و كذا إن ماتت، و إن انقضت بعدها قدّمت، لسبق حقّها فى العين، فيحتمل تسلّط المشترى على الفسخ، لتبعّض الصفقة، و العدم، لقدومه عليه حيث رضى بكونها فيه فى العدّة.

و إن مات الزوج و لم تنقض الأشهر، انتقلت السكنى الباقية إلى ورثته، و الكلام فى استحقاقها ما مرّ و الحمل كالأقراء فى الجهالة.

[المطلب الثالث فى إذن الانتقال قبل الطلاق]

المطلب الثالث فى إذن الانتقال قبل الطلاق.

لو كانت تسكن منزلًا كان ملكاً لزوجها أو استأجره أو استعاره

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵۶.

فأذن لها فى الانتقال إلى منزل آخر، تقدّم الإذن على الانتقال، أو انتقلت ثمّ أذن ثمّ طلّقها و هى فى المنزل الثانى اعتدّت فيه لأنّه صار بيتها فيشمله النهى عن الخروج و الإخراج.

و لو أذن، و لكن طلّقها و هى فى الأوّل قبل الانتقال، اعتدّت فيه لأنّ الثانى إنّما يصير بيتها إذا انتقلت و أوت إليه.

و لو طُلّقت و هى فى طريق الانتقال اعتدّت فى الثانى وفاقاً للمبسوط «١» و الشرائع «٢» لأنّها مأمورة بالانتقال عن الأوّل فخرج عن بيتها.

و للشافعيّة ثلاثة أوجه اخرى: اعتدادها فى الأوّل، لأنّها لم تحصل فى مسكن آخر قبل الطلاق. و تخيّرها بينهما، لأنّها غير حاصلة فى شىء منهما مع تعلّقها بهما. و اعتبار القرب، فإن كانت أقرب إلى الأوّل اعتدّت فيه، و إن كانت أقرب إلى الثانى اعتدّت فيه «٣».

و المعتبر فى الانتقال إنّما هو بالبدن لا بالمال أو العيال، خلافاً لأبى حنيفة فعكس «۴».

فلو انتقلت ببدنها إلى الثانى بنيّة السكنى فيه و لم تنقل رحلها سكنت فيه، و لو نقلت رحلها و لم تنتقل بعدُ سكنت فى الأوّل. و لو انتقلت إلى الثانى ثمّ رجعت إلى الأوّل لنقل رحلها، أو لغرض آخر فطلّقت فيه اعتدّت فى الثانى لأنّه بيتها الآن، و المضىّ إلى الأوّل كالمضىّ إلى زيارة أو سوق.

و لا فرق بين أن يكون الانتقال انتقال قرار أو لا، بأن تكون تتردّد و تنقل أمتعتها إليه و هى غير مستقرّة فى أحدهما، فإنّه حينئذٍ كالمأمورة بالانتقال التى فى الطريق.

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵٧.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۴۴.

(٣) انظر المجموع: ج ١٨ ص ١۶٩ الموجود فيه وجهان.

(۴) انظر الهداية: ج ٢ ص ٧٨.

و قال بعض العامّة: إن كانت متردّدة كذلك، فإن طلّقت فى الثانى اعتدّت فيه، و إن طلّقت فى الأوّل فاحتمالان «١».

و لو أذن لها فى السفر ثمّ طلّقها قبل الخروج اعتدّت فى منزلها، سواء نقلت رحلها و عيالها إلى البلد الثانى أو لا و سواء كان السفر سفر حاجة أو سفر نقلة، لأنّها طلّقت و هى مقيمة فيه.

و لو خرجت من المنزل إلى موضع اجتماع القافلة فى البلد أو ارتحلوا أى القافلة معها فطلّقت قبل مفارقة المنازل أى بيوت البلد فضلًا عمّا بعدها و كان السفر سفر نقلة فالأقرب الاعتداد فى الثانى و إن كانت فى البلد، إذ لا فرق بين المنزلين فى بلد أو بلدين، و قد عرفت أنّها إذا طلّقت و هى فى الطريق بين المنزلين اعتدّت فى الثانى.

خلافاً للشيخ قال: لأنّها ما لم تفارق البلد فهى فى حكم المقيمة «٢». يعنى أنّ البلد كالمنزل، فكما أنّها إن طلّقت و هى فى المنزل الأوّل اعتدّت فيه، فكذا إذا طلّقت و هى فى البلد الأوّل اعتدّت فيه، و الاعتداد فيه إنّما يكون فى ذلك البيت، فيلزم الاعتداد فيه، و ما لم تخرج عن البُنيان فهى فى البلد، و للعامّة قول بتخيّرها بين البلدين «٣».

و لو كان سفرها للتجارة أو الزيارة أو نحوهما، و بالجملة لغير النقلة ثمّ طلّقت و قد شرعت فى السفر، فارقت البُنيان أو لا فالأقرب

أنّهـا تتخيّر بين الرجوع و المضيّ فى سـفرها لأنّ المنزل الأوّل خرج عن بيتها بالإذن فى الخروج، و لم يعيّن لها منزل آخر يتعيّن عليها الخروج إليه، و لأنّ فى إلزام العود عليها إبطال أُهْبَة السـفر إن لم تتجاوز البُنيان، و المشـقّة من غير الوصول إلى المقصد، و الانقطاع عن الرفقة إن تجاوزت، و كلّ ذلك ضرر. و فى خروج البيت عن بيتها نظر، للفرق الظاهر بين سفرى النقلة و الحاجة.

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵٨.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١٨۶.

و الشيخ حكم بالاعتـداد فى البلـد إن لم تُفارق البُنيان مطلقاً، و قال: إن فارقت البُنيان ففيه مسألتان: إحـداهما: أن يكون أذن لها فى الحـجّ أو الزيارة أو النزهـة و لم يأذن فى إقامـة مـدّة مقدّرة. و الثانية: أذن لها فى ذلك. ففى الاولى لا يلزمها العود، فإنّه ربّما كان الطريق مخوفاً و تنقطع عن الرفقـة، فإن أرادت العود كان لها ذلك، و إن نفـذت فى وجهها، فإن كان أذن لها فى الحجّ فإذا قضت حجّها لم يجز لها أن تُقيم بعـد قضائه، و إن كان أذن لها فى النُّزهـة أو الزيارة، فلها أن تقيم ثلاثـة أيّام، فإذا مضت الثلاث أو قضت حجّهـا، فـإن لم تجـد رفقـة تعود معهم و خـافت فى الطريق فلها أن تقيم، لأنّه عـذر، و إلّا فإن علمت من حالها أنّها إذا عادت إلى البلد أمكنها أن تقضـى ما بقى من عدّتها لزمها ذلك، و إلّا فقال بعضهم: لا يلزمها العود بل لها الإقامة فى موضعها. و قال آخرون: يلزمها العود، لأنّها مأمورة بالعود غير مأمورة بالإقامـة، و هو الأقوى. و فى الثانيـة: إن طلّقت و هى بين البلـدين فكما لو طلّقت بين المنزلين. و إن طلّقت و هى فى البلد الثانى فلها الإقامة ثلاثة أيّام «١».

و هل لها الإقامة المدّة المضروبة؟ قولان، فإن لم تكن لها فالحكم كما فى المسألة الأُولى.

و عنـد الشافعيّـة: إن لم تُفارق البُنيان فوجهان: تخيّرها بين العود و المضـىّ كما ذكره المصـنّف و تحتّم العود، لأنّها لم تشـرع فى السـفر، فهى كمـا لو لم تخرج من المنزل «٢». و وجه ثـالث قريب: إن كـان سـفراً لحـجّ تخيّرت، و إلّا وجب العود، و إن فارقت تخيّرت. و لهم وجه ضعيف: أنّها إن لم تقطع مسافة يوم و ليلة لزمها الانصراف «٣».

و عن أبى حنيفـة: إن لم يكن بينها و بين المسـكن مسيرة ثلاثـة أيّام لزمها الانصـراف، و إن كان الموضع موضع إقامـة أقامت و اعتدّت فيه، و إلّا مضت فى سفرها «۴».

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٢۵٨ ٢۵٩.

(٢) المجموع: ج ١٨ ص ١۶٩.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ٢۶١.

(۴) المجموع: ج ١٨ ص ١٧٣.

و لو نَجَزت حاجتَها من السـفر ثمّ طُلّقت رجعت إلى منزلها إن بقى من العـدّة إن رجعت إليه ما يفضل عن مدّة الطريق إذ لا بيت لها سواه، فيجب الاعتـداد فيه و لو يوماً و إلّا يفضل الشـىء. فلا يجوز لها الرجوع، لأنّه لا يفيد، و لا يجوز لها الخروج إلّا إذا أدّى إلى الاعتداد فى المنزل.

و لو أذن لها فى الاعتكاف فاعتكفت ثمّ طلّقها و هى فى الاعتكاف خرجت إلى بيتها للاعتـداد، بإجماع علمائنا كما فى التـذكرة

«۱» و لأنّه واجب مضيّق لا قضاء له كالجمعة، خلافاً لبعض العامّة «۲».

و قَضَـته إن كان واجباً أى استأنفته كما فى المبسوط «۳» و فى المعتبر «۴» و التذكرة «۵» و المنتهى «۶» إن لم تشترط، و إلّا بنت. و فى الخلاف أطلق البناء «۷».

و يجب عليها الخروج سواء تعيّن زمانه بالنـذر و شـبهه أو بالكون ثالثاً على إشـكال من التعارض. و قطع الشـهيد حينئذٍ بالاعتداد فى المسجد «۸». و فى الإيضاح: إنّ على الخروج فى القضاء إشـكالًا، من أنّ العـذر ليس باختيارها، و الزمان لم يقبل الاعتكاف، فظهر عدم انعقاد النذر و عدم صحّة اليومين.

و من الوجوب بالنذر أو باعتكاف اليومين و لم تفعل فيجب القضاء «۹» أو لا.

و لو أذن لها فى الخروج إلى منزل آخر ثمّ طلّقها و هى فى الثانى ثمّ اختلفا فقالت: نقلتنى فأنا أعتدّ فى الثانى، و قال: ما نقلتك و إنّما أذنت لك فى المُضـىّ إلى الثانى لزيارة أو حاجة أو نحوهما احتمل تقديم قولها، لأنّ ظاهر الإذن فى المُضىّ إليه أنّه للنقلة. و احتمل تقديم قوله،

---

(۱) تذكرة الفقهاء: ج ۱ ص ۲۹۲ س ۲۱.

(۲) الحاوى الكبير: ج ۲ ص ۵۰۴.

(۳) المبسوط: ج ۱ ص ۲۹۴.

(۴) المعتبر: ج ۲ ص ۷۴۰.

(۵) تذكرة الفقهاء: ج ۱ ص ۲۹۲ س ۲۴.

(۶) منتهى المطلب: ج ۲ ص ۶۳۶ س ۳.

(۷) الخلاف: ج ۲ ص ۲۴۰ مسألة ۱۱۷.

(۸) الدروس الشرعيّة: ج ۱ ص ۲۹۹.

(۹) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۳۷۴.

لأنّه اختلاف فى قصـده و للأصل، فإنّه كما أنّهما إذا اختلفا فى أصل الإذن كان القول قول منكره، فكـذا الاختلاف فى كيفيّته و هو أقرب وفاقاً للشيخ «۱».

هـذا إذا لم يعارضه من القرائن ما يـدلّ على رضاه بالانتقال، و كـذا إذا ادّعت أنّه قال لها: «اخرجى للنقلة» فأنكر فإنّ الأصل عدم الزيادة.

و إن اتّفقا على أنّه قال: «انتقلى أو «۲» أقيمى» لكنّه ادّعى أنّه ضمّ إليه قوله: «للنزهة» و نحوه فأنكرت، اتّجه «۳» تقديم قولها.

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۵۹.

(۲) فى ن، ق: و.

(۳) فى ق بدل «فأنكرت اتّجه»: فاتّجه.

[الباب الثانی فی الخلع و فیه مقصدان]

اشارة

الباب (الثانی فی الخلع) و فیه مقصدان:

[المقصد الأول فی حقیقة الخلع]

الأوّل: حقیقته و هو بالضمّ إزالة قید النکاح بفدیة من الزوجة، و کراهة لها لزوجها من دون کراهته لها و سُمّی خلعاً من الخلع لأنّ المرأة تخلع لباسها من لباس زوجها أی تخلع نفسها التی هی لباس الزوج من الزوج الّذی هو لباسها قال اللّه تعالی: «هُنَّ لِباسٌ لَکُمْ وَ أَنْتُمْ لِباسٌ لَهُنَّ» «۱» و شرعیّته ثابتة بالکتاب «۲» و السنّة «۳» و إجماع المسلمین.

و فی وقوعه بمجرّده من غیر إتباع بلفظ الطلاق قولان: أجودهما الوقوع، وفاقاً للصدوق «۴» و المفید «۵» و المرتضی «۶» و سلّار «۷» و ابن سعید «۸» للإجماع کما یظهر من السیّد «۹». و الأخبار، کصحیح ابن بزیع سأل الرضا (علیه السّلام)

---

(۱) البقرة: ۱۸۷.

(۲) البقرة: ۲۲۹.

(۳) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۸۷ ب ۱ من أبواب الخلع و المباراة.

(۴) المقنع: ص ۳۴۸.

(۵) المقنعة: ص ۵۲۸.

(۶) مسائل الناصریّات: ص ۳۵۱.

(۷) المراسم: ص ۱۶۲.

(۸) الجامع للشرائع: ص ۴۷۵.

(۹) مسائل الناصریّات: ص ۳۵۱.

عن المرأة تباری زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدین علی طهر من غیر جماع، هل تبین منه بذلک أو هی امرأته ما لم یُتبِعها بطلاق؟ قال: تبین منه، و إن شاء أن یردّ إلیها ما أخذ منها و تکون امرأته فعل، قال: فقلت: إنّه قد روی أنّها لا تبین منه حتّی یُتبِعها بطلاق، قال: لیس ذلک إذاً خلع، فقلت: تبین منه؟ فقال: نعم «۱». و قول الصادق (علیه السّلام) فی خبر حمران: و کانت تطلیقة بائنة لا رجعة له علیها، سمّی طلاقاً أو لم یسمّ «۲». و قول الباقر (علیه السّلام) فی خبر زرارة: فإذا فعلت ذلک، فهی أملک بنفسها من غیر أن یسمّی طلاقاً «۳».

و یجوز أن یکون ذلک من کلام الراوی، أی قال (علیه السّلام) ذلک من غیر أن یسمّی طلاقاً.

و أمّا قول الصادق (علیه السّلام) فی حسن محمّد بن مسلم: «و کانت تطلیقة بغیر طلاق یتبعها» «۴» و خبر ابن أبی عُمیر «۵» عن سلیمان بن خالد: «قال: قلت: أ رأیت إن هو طلّقها بعد ما خلعها أ یجوز علیها؟ قال: و لِمَ یُطلّقها و قد کفاه الخلع، و لو کان الأمر إلینا لم نُجز طلاقاً» «۶» فیحتملان إلقاء الطلاق بعد الخلع فی العدّة قبل الرجعة، و الدلالة علی أنّها بانت بالخلع، و هو أعمّ من أن یتوقّف صیغته علی لفظ الطلاق أو لا.

و ما فى الفقيه من قوله: «و فى روايـة حمّاد عن الحلبىّ عن أبى عبـد اللّه (عليه السّلام) قال: عدّة المختَلَعة عدّة المطلّقة، و خلعها طلاقها، و هى تجزى من غير أن يسمّى طلاقاً «٧». فيحتمل أن يكون قوله: «و هى تجزى من غير أن يسمّى طلاقاً» من كلام

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴۹۲ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴۹۷ ب ۶ من كتاب الخلع و المباراة ح ۴.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴۹۳ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ١٠.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴۹۱ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ٣.

(۵) الموجود فى نسخ كشف اللثام: ابن أبى عيسى.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴۹۲ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ٨.

(٧) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۵۲٣ ح ۴۸۲۱.

الصدوق. و أمّا نحو قول الصادق (عليه السّلام) فى حسن الحلبىّ: «و كان الخلع تطليقة» «١» فليس من الدلالة عليه فى شىء.

و القول الآخر للشيخ «٢» و ابنى زهرة «٣» و إدريس «۴». و حكى ابن زهرة الإجماع عليه «۵». قال الشيخ: و هو مذهب جعفر بن سماعة و الحسن بن سماعة و علىّ بن رباط، و ابن حذيفة من المتقدّمين، و مذهب علىّ بن الحسين من المتأخّرين، فأمّا الباقون من فقهاء أصحابنا المتقدّمين فلست أعرف لهم فتيا فى العمل به.

و استدلّوا بالإجماع. و هو ممنوع. و بالأصل و الاحتياط. و بخبر موسى بن بكر عن الكاظم (عليه السّلام) قال: المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت فى عدّة «۶».

و أنت تعرف أنّ الظاهر أنّه يجوز أن تطلّق مرّة أُخرى ما دامت فى العدّة، و ذلك بأن ترجع فى البذل فيراجعها الزوج ثمّ يطلّقها، و أمّا فهم أنّه لا بدّ من الإتباع فى الصيغة فبعيد جدّاً، هذا مع ضعف السند.

و بنحو خبر زرارة عن الصادق (عليه السّلام) قال: ما سمعت منّى يُشبِه قول الناس فيه التقيّة، و ما سمعت منّى لا يُشبِه قول الناس لا تقيّة فيه «٧».

و الأخبار التى ظاهرها الوقوع من غير إتباع الطلاق موافقة لقول الناس، فلا بدّ من حملها على التقيّة، و هو إنّما يتمّ لو عارضها ما لا يُشبِه قول الناس، و لم يظفر بمعارض سوى ما ذكروه من خبر موسى بن بكر، و قد عرفت ما فيه.

و بأنّ الطلاق بشرط لا يقع، و من شرط الخلع أن يقول الرجل: إن رجعت فيما

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴۹۱ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٩٧ ذيل حديث ٣٢٧ ٣٢٨.

(٣) الغنية (الجوامع الفقهيّة): ص ۵۵۲ س ٣٣.

(۴) السرائر: ج ٢ ص ٧٢۶.

(۵) غُنية النُّزوع: ص ٣٧۵.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴۹۰ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ١.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۴۹۲ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة ح ٧.

بـذلت فأنـا أملـك ببضـعكِ، و هـذا شـرط فلا تقع به فُرقـة. و هو ممنوع، بل من حكمه أنّها إذا رجعت كان له الرجوع و انقلبت رجعيّة بعد البينونة، و لو سلّم فهو ليس بشرط للخلع أو الفراق، و إنّما هو شرط البينونة.

و بقول الصادق (عليه السّلام) فى حسن الحلبىّ: لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقها إلّا للعدّة «۱». و قوله فى خبر أبى بصير: لو كان الأمر إلينا لم يكن الطلاق إلّا للعدّة «۲». و ما فى خبر سليمان بن خالد من قوله: و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً «۳».

و لا دلالـة لشـىء من ذلك عليه، فإنّ المفهوم من هـذه العبارات أنّ المختَلَعـة لو طلّقت بعـد الخلع كان لغواً، كما أنّ الطلقة بعد الطلقة لغو ما لم يراجعها. نعم لو قيل «لو كان الأمر إلينا لم نجز إلّا الطلاق» دلّ على ذلك.

و هـل على المختـار هو فسـخ فلا ينقص به عـدد الطلاق و لا تحرم بالاختلاع ثلاثاً أو طلاق فينقص به عـدده؟ قولان: أجودهما الثـانى، وفاقاً لأبى علىّ «۴» و الصدوق «۵» و علم الهـدى «۶» و المفيد «۷» و ابـن زهرة «۸» للأخبـار و هى كثيرة، كما تقـدّم من خبرى حمران و الحلبىّ «۹» قال المرتضى: على أنّ الفسخ لا يصحّ فى النكاح، و لا الإقالة «۱۰».

و القول الأوّل للشيخ على التنزّل، لأنّه ليس بلفظ الطلاق «۱۱» و قد سـمعت فى الطلاق ما أفاد الحصـر فى لفظه «۱۲» و لأنّه لو كان طلاقاً لكان قوله تعالى بعده: «فَإِنْ طَلَّقَهٰا» «۱۳» طلقة رابعة، و حكى هذا الدليل عن ابن عباس «۱۴».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۹۱ ب ۳ من كتاب الخلع و المباراة ح ۲.

(۲) المصدر السابق.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۹۲ ب ۳ من كتاب الخلع و المباراة ح ۸.

(۴) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۳۹۶.

(۵) المقنع: ص ۳۴۸.

(۶) مسائل الناصريّات: ص ۳۵۱.

(۷) المقنعة: ۵۲۸.

(۸) غُنية النُّزوع: ص ۳۷۵.

(۹) تقدّما فى ص ۱۸۸ ۱۸۹.

(۱۰) مسائل الناصريّات: ص ۳۵۲.

(۱۱) الخلاف: ج ۴ ص ۴۲۴ مسألة ۳.

(۱۲) تقدّم فى ص ۳۲ ۳۳.

(۱۳) البقرة: ۲۳۰.

(۱۴) المجموع: ج ۱۷ ص ۱۵ و المبسوط للسرخسى: ج ۶ ص ۱۷۱.

و فيه: أنّه إنّمـا يتمّ لـو تعيّن أن يكـون الخلع مغـايراً للطلقـتين. و هو ممنوع، لِمَ لا يجوز أن يراد «وَ لٰا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّٰا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً» فى الطلقتين «إِلّٰا أَنْ يَخٰافٰا .. فَلٰا جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» «۱» فيهما؟

و هو إمّا حرام: كأن يُكرهها لتُخالعـة و تُسـقط حقّها عنه، فإن فعل فلا يصحّ بذلها، و لا يسـقط حقّها، و يقع الطلاق رجعيّاً إن تبع به وفاقاً للمبسوط، لأنّه أوقعه باختياره «۲».

و يحتمل البطلان كما احتملته العامّة «٣» بناءً على أنّه إنّما قصد به الطلاق بإزاء الفداء المُكره عليه، خصوصاً مع اعتقاد صحّة الخلع مع الإكراه.

و إلّا يتبع بالطلاق بطل فلم يقع خلع و لا طلاق.

و كذا فى الحرمة و البطلان لو منعها حقّها من النفقة الواجبة و سائر ما تستحقّه كالقسمة حتّى خالعَتْه على إشكال من كونه إكراهاً، و قوله تعالى: «فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً» «۴».

و من منع كونه إكراهاً، فإنّ عدولها عن مطالبة الحقّ إلى الاختلاع باختيارها، و الآية إنّما دلّت على أنّهنّ إن لم يطبن نفساً فليس الأكل هنيئاً مريئاً. و هو خيرة المبسوط قال: و أمّا عندنا فالّذى يقتضيه المذهب أن نقول: إنّ هذا ليس بإكراه، لأنّه لا دليل عليه «۵».

و إمّا مباح: بأن تَكره المرأة الرجل لدينه أو خلقه أو نحوهما، فتخاف أن لا تقيم حدود اللّه فى زوجها بأن لا تطيعه و لا تجيبه فتبذل له مالًا ليَخْلَعها عليه كما فى قصّة جميلة بنت أبى عبد اللّه بن أُبىّ أو فى حبيبة بنت سهل الأنصاريّة، و زوجها ثابت بن قيس بن شَمّاس، قالت لرسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله): فرّق بينى و بينه، فإنّى أُبغضه و لقد رفعت طرف الخباء فرأيته يجىء فى أقوام، و كان أقصرهم قامة و أقبحهم وجهاً، و أشدّهم سواداً و إنّى أكره الكفر بعد الإسلام، فقال ثابت:

---

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣۴١.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١٠ ص ۶.

(۴) النساء: ۴.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ٣۴١.

مُرها يا رسول اللّه فلتردّ علىَّ الحديقة التى أعطيتها، فخالعته عليها «١». و يقال: إنّه أوّل خلع فى الإسلام.

و الدليل على الإباحة إذا ظهرت منها الكراهة حتّى خيف أن لا تُقيم حدود اللّه هو الكتاب «٢» و السنّة «٣».

و لمّا كانت الكراهة غالباً لا تعلم إلّا بالقول أو الفعل، و الفعل لا يدلّ غالباً إلّا بأن تفعل المخالفة لزوجها، و الآية صريحة فى أنّ الخوف كافٍ فى الاختلاع لم يبق إلّا القول، فلا بدّ من أن تقول ما يدلّ على ذلك كما قالت زوجة ثابت: إنّى أكره الكفر بعد الإسلام.

و فى رواية: لا أنا و لا ثابت لا يجمع رأسى و رأسه شىء «۴». و هو معنى قول الصادق (عليه السّلام) فى حسن الحلبىّ: لا يحلّ خلعها حتّى تقول لزوجها: و اللّه لا أبرُّ لك قسماً، و لا أُطيع لك أمراً، و لا أغتسل لك من جنابة، و لأُوطئنّ فراشك و لآذَنَنّ عليك بغير إذنك، و قد كان الناس يرخّصون فيما دون هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها، و كانت عنده على تطليقتين باقيتين، و كان الخلع تطليقة، و قال (عليه السّلام): يكون الكلام من عندها «۵». و قوله فى حسن محمّد بن مسلم: لا يحلّ له أن يأخذ منها شيئاً حتّى تقول: «و اللّه لا أبرّ لك قسماً، و لا أُطيع لك أمراً، و لآذَنَنَّ فى بيتك بغير إذنك، و لأُوطئنّ فراشك غيرك» فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلّمها حلّ له ما أخذ منها، و كانت تطليقة بغير طلاق يتبعها، و كانت بائناً بذلك، و كان خاطباً من الخطّاب «۶» و نحوهما من الأخبار «٧».

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى: ج ٧ ص ٣١٢. و مسند أحمد بن حنبل: ج ۶ ص ۴٣٣ مع اختلاف. و المبسوط: ج ۴ ص ٣۴٢.
(٢) البقرة: ٢٢٩.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المباراة.
(۴) سنن البيهقى: ج ٧ ص ٣١٣ مع اختلاف.
(۵) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۵٢٣ ح ۴٨٢١.
(۶) الاستبصار: ج ٣ ص ٣١۵ ح ١١٢٣.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المباراة.

إلّا أنّه لا بدّ من التلفُّظ بهذه الألفاظ بخصوصها، و ينصّ عليه قول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح محمّد بن مسلم: إذا قالت المرأة لزوجها جملة: «لا أُطيع لك أمراً» مفسّراً و غير مفسّر حلّ له أن يأخذ منها، و ليس له عليها رجعة «١». و خبر سماعة قال للصادق (عليه السّلام): لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعة حتّى تتكلّم بهذا الكلام كلّه، فقال: إذا قالت له: «لا أُطيع اللّه فيك» حلّ له أن يأخذ منها ما وجد «٢». و لذا ترى الأصحاب يصرّحون بأنّه تكفى الكراهة منها عُلمت من قولها أو من غيره.

و إمّا مستحبّ وفاقاً لابن إدريس «٣» و المحقّق «۴» بأن تقول: لأُدخلنّ عليك من تَكرهه أمّا عدم الوجوب، فللأصل من غير معارض، فإنّها لم تأت بمنكر ليجب النهى عنه، ثمّ النهى لا ينحصر فى المخالعة، و أمّا الاستحباب، فللتحرّز من وقوعها فى المأثم و ليطيب قلبها و يزول ما بينهما من الشحناء.

و قيل فى النهاية «۵» و الغنية «۶» و الوسيلة «٧» يجب و حمل على تأكّد الاستحباب. و فى الشرائع: و فيه رواية بالوجوب «٨». و لم نظفر بها.

ثمّ الشيخ و ابن حمزة أوجبا الخلع، و ابن زهرة أوجب الطلاق. و يحتمل أن يكون ذلك مراد الأوّلين، و أن يكونا أوجبا أو استحبّا خصوص الخلع، لأنّه بائن، و لو طلّقها من غير خلع فلعلّها لا تنتهى عن المنكر.

ثمّ لم أرَ من الأصحاب من فرّق بين أن تكرهه أو تقول له ذلك بالإباحة على الأوّل، و الاستحباب أو الوجوب على الثانى، إلّا المصنّف.

قال الشيخ: و إنّما يجب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها: «إنّى لا أُطيع لك أمراً و لا أُقيم لك حدّا و لا أغتسل لك من جنابة. و لأُوطِّئنَّ فراشك مَن تكرهه إن

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المباراة ح ١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المباراة ح ٢.
(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧٢۴.
(۴) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۵٣.
(۵) النهاية: ج ٢ ص ۴٧٠.
(۶) غُنية النُّزوع: ص ٣٧۵.
(٧) الوسيلة: ص ٣٣١.
(٨) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۵٣.

لم تُطلّقنى». فمتى سمع هذا القول أو علم من حالها عصيانه «١» فى شى‌ء من ذلك و إن لم تنطق به، وجب عليه خلعها «٢».
و قال ابن إدريس بعد حكايته قوله (رحمه اللّه): وجب عليه خلعها على طريق تأكيد الاستحباب دون الفرض و الإيجاب، قال: و إلّا فهو مخيّر بين خلعها و طلاقها، و إن سمع منها ما سمع بغير خلاف، لأنّ الطلاق بيده، و لا أحد يُجبِره على ذلك «٣».
و قال ابن زهرة: و أمّا الخلع فيكون مع كراهة الزوجة خاصّة لا الرجل، و هو مخيّر فى فراقها إذا دعته إليه حتّى تقول له: لئن لم تفعل لأعصينّ اللّه بترك طاعتك و لأُوطّئنّ فراشك غيرك، أو يعلم منها العصيان فى شى‌ء من ذلك، فيجب عليه و الحال هذه طلاقها «۴».
و قال ابن حمزة: و ما يوجب الخلع أربعة أشياء: قولًا من المرأة أو حكماً، فالقول أن تقول: «أنا لا أُطيع لك أمراً و لا أُقيم لك حدّا، و لا أغتسل لك من جنابة و لأُوطّئنّ فراشك من تَكرهه» و الحكم أن يعرف ذلك من حالها «۵».
و أمّا سائر الأصحاب فاقتصروا على ذكر صحّته و حلّية ما يأخذه منها، و ذكروا أنّ ذلك إذا كرهته و ظهر عصيانها له. نعم توهّمه عبارة المحقّق، و لكن ليست نصّاً فيه.
قال فى الشرائع فى تعداد الشرائط: و أن تكون الكراهية منها، و لو قالت: لأُدخلنّ عليك من تَكرهه لم يجب خلعها، بل يستحبّ «۶». و نحوه فى النافع «٧».
و لو خالعها و الأخلاق ملتئمة لم يصحّ الخلع بالإجماع و النصّ من الكتاب «٨» و السنّة «٩» و لا يملك الفدية.

---

(١) فى خ: عصيانها.
(٢) النهاية: ج ٢ ص ۴۶٩.
(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧١۴.
(۴) غُنية النُّزوع: ص ٣٧۴ ٣٧۵.
(۵) الوسيلة: ص ٣٣١.
(۶) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۵٣.
(٧) المختصر النافع: ص ٢٠٣.
(٨) البقرة: ٢٢٩.
(٩) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المباراة.

و لو طلّقها حينئذٍ بعوض لم يملكه بصريح الآيات «١» و الأخبار «٢» و وقع الطلاق رجعيّاً كما فى الشرائع «٣» و الجامع «۴». و فيه احتمال البطلان كما تقدّم.
و لو أتت بالفاحشة و هى كلّ معصية كما فى التبيان «۵» و مجمع البيان «۶» و أحكام القرآن للراوندىّ «٧». أو ما مرّ من أقوالها إذا كرهت الزوجَ كما فى تفسير علىّ بن إبراهيم «٨» جاز عضلها لتفدى نفسها للآية «٩».
و قيل و القائل بعض العامّة إنّه منسوخ بآية الجلد «١٠».
قال فى المبسوط: و قيل: إنّ هذه الآية منسوخة كما نسخت آية الحبس بالفاحشة من الحبس إلى الحدود، و هى قوله: «وَ اللّاتِی يَأْتِينَ الْفاحِشَةَ» «١١» فنسخ الحبس بأن تُجلد البكر مائة و تُغرب عاما، و قد أباح اللّه الطلاق فهو قادر على إزالة الزوجيّة و

الخلاص منها، فلا معنى لعضلها حتّى تفتدى نفسها ببذل، قال: و الأوّل أقوى، لأنّه الظاهر، و لا دليل على أنّها منسوخة «١٢» انتهى.

و لم أظفر من الأصحاب بمن ذهب إلى ذلك.

فلو ضربها لنشوزها بحيث جاز الضرب، جاز حينئذٍ خُلعها و لم يكن ذلك إكراهاً و إن لم تكن ترضى بالفراق «١٣» ما لم تضرب فإنّ الضرب مشروع مأمور به، و النشوز من الفاحشة، و الآية نصّت على جواز الأخذ إذا أتت بفاحشة «١۴» من غير قيد.

---

(١) البقرة: ٢٢٩، النساء: ۴ و ١٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المباراة.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۵۵.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴٧۶.

(۵) التبيان: ج ٣ ص ١۵٠.

(۶) مجمع البيان: ج ٣ ص ٢۴.

(٧) رواه ابن عبّاس، انظر فقه القرآن للراونديّ: ج ٢ ص ١۶۴.

(٨) تفسير القمّى: ج ١ ص ٧۵.

(٩) النساء: ١٩.

(١٠) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٧۴.

(١١) النساء: ١۵.

(١٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣۴٣.

(١٣) فى ن بدل «بالفراق»: بالفداء.

(١۴) النساء: ١٩.

و يجوز الخُلع بسلطان و غيره اتّفاقاً كما فى الخلاف «١» «٢» للأصل و العمومات.

و قول الباقر (عليه السلام) فى خبر زرارة: «و لا يكون ذلك إلّا عند سلطان» «٣» إمّا على التقيّة أو الاستحباب. و ظاهر أبى علىّ وجوب كونه عند سلطان «۴».

و ليس له الرجعة، سواء أمسك العوض أو دفعه إليها بالنصّ «۵» و الإجماع، و يؤيّده ما فى الآية من أنّه افتداء. قال فى الخلاف: و حقيقة الافتداء الاستنقاذ و الاستخلاص، كافتداء الأسير بالبذل، فلو أثبتنا الرجعة لم يُحمل الافتداء على حقيقته «۶».

نعم لو رجعت هى فى البذل جاز له الرجوع فى العدّة كما دلّت عليه الأخبار «٧» و الظاهر أنّه لا خلاف فيه.

و لكن قال ابن حمزة: إمّا أطلقا أو قيّدت المرأة بالرجوع فيما افتدت، و الرجل بالرجوع فى بعضها، و كلاهما جائز، فإن أطلقا لم يكن لأحدهما الرجوع إلّا برضاء الآخر، و إن قيّدا لم يخل إمّا لزمتها العدّة أو لم تلزم، فإن لزمتها جاز الرجوع ما لم تخرج من العدّة، فإن خرجت منها أو لم تلزم العدّة لم يكن لهما الرجوع بحالٍ إلّا بعقد جديد و مهر مستأنف «٨». و نفى عنه البأس فى المختلف «٩». بناءً على أنّه معاوضة، فلا بدّ من التراضى.

و حكى الشيخ عن الحسن بن سماعة و غيره أنّ من شرطه أن يقول الرجل: إن

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۴۲۴ مسألة ۴.

(۲) فی ق بدل «الخلاف»: المبسوط. راجع المبسوط: ج ۴ ص ۳۴۴.

(۳) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۹۳ ب ۳ من کتاب الخلع و المباراة ح ۱۰.

(۴) حکاه عنه فی مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۳۹۷.

(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۸۷ ب ۱ من کتاب الخلع و المباراة ح ۱. وص ۴۹۵ ب ۵ ح ۱. وص ۴۹۶ ب ۵ ح ۳.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۴۲۷ ذیل مسألة ۶.

(۷) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۴۹۸ ب ۷ من کتاب الخلع و المباراة.

(۸) الوسیلة: ص ۳۳۲.

(۹) مختلف الشیعة: ج ۷ ص ۳۹۹.

رجعتِ فیما بذلتِ فأنا أملک ببضعکِ «۱». و ربّما یظهر ذلک من الصدوق «۲» و المفید «۳».

و قد مرّ أنّ الأقرب أنّه لیس له أن یتزوّج بأُختها و لا برابعة بعد رجوعها فی البذل لأنّها صارت رجعیّة.

و هل له ذلک قبله؟ إشکال «۴» من الأصل و البینونة، و صحیح أبی بصیر سأل الصادق (علیه السّلام) عن رجل اختلعت منه امرأته أ یحلّ له أن یخطب أُختها من قبل أن تنقضی عدّة المختلعة؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه، و لیس له علیها رجعة «۵». و هو خیرة الجامع «۶». و من إمکان الرجعة و الاحتیاط، و هو الأجود.

فإن جوّزناه ففعل فرجعت فی البذل فی العدّة فالأقرب جواز رجوعها ذلک، للأصل، مع احتمال العدم کما فی الجامع «۷» بناءً علی أنّ رجوعها مستلزم لجواز رجوعه، و انتفاء اللازم یدلّ علی انتفاء الملزوم.

و یندفع بمنع الملازمة مطلقاً، ثمّ منع انتفاء اللازم، لجواز مفارقة الأُخت و الرابعة بحیث یجوز مراجعتها فی العدّة.

و لیس له حینئذٍ رجعة فی البذل، و قد تزوّج بالأُخت أو الرابعة أن یراجع «۸» إلّا أن یفارقهما.

و لو کانت المخالعة تطلیقة ثالثة، فالأقرب أنّه لا رجعة لها فی بذلها للملازمة بین رجعتها و جواز رجعته بالذات و إن منع منها مانع کنکاح الأُخت، و هنا امتنعت الرجعة بالذات، لأنّها بمنزلة المعاوضة، فإنّه لم یرض بالطلاق إلّا بالعوض. مع احتمال الصحّة، للعموم، و منع الملازمة مطلقاً، و العموم ممنوع، إذ لم نظفر بخبر عامّ.

(۱) تهذیب الأحکام: ج ۸ ص ۹۷ ذیل حدیث ۳۲۹.

(۲) المقنع: ص ۳۴۸.

(۳) المقنعة: ص ۵۲۸ ۵۲۹.

(۴) فی بعض نُسخ قواعد الأحکام زیادة: منشأه من حیث البینونة و من حیث إنَّها متزلزلة.

(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۵۰۴ ب ۱۲ من کتاب الخلع و المباراة ح ۱.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۷۷.

(۷) الجامع للشرائع: ص ۴۷۶.

(۸) فی قواعد الأحکام بدل «یراجع»: یرجع.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٩٢

و لو رجعت و لمّا يعلم حتّى خرجت العدّة، فالأقرب صحّة رجوعها للأصل. مع احتمال العدم، لانتفاء اللازم و منع رجوعه لانقضاء العدّة.

و لو رجع و لم يَعلم برجوعها زاعماً صحّته فصادف رجوعها و العدّة صحّ لوقوعه مع القصد في محلّه.

و أمّا إن لم يعتقد الصحّة و لا ذُهولًا، فالظاهر عدم الصحّة، لامتناع «١» القصد حينئذٍ إلى الرجعة.

نعم إن راجع بالفعل و لم تشترط النيّة صحّ و لا يصحّ طلاقها عندنا قبل الرجوع في البذل و لا بعده ما لم يرجع في النكاح بعد رجوعها في البذل، لما عرفت أنّ الخلع طلاق، و عندنا لا يقع طلقتان ليس بينهما رجوع.

[المقصد الثاني في أركانه و فيه مطالب سبعة]

اشارة

المقصد الثاني في أركانه و فيه مطالب سبعة، و الأربعة الأخيرة من تتمّة الثالث، أو الثلاثة الأخيرة من تتمّة الثالث و الرابع، و لذا صارت من مطالب الأركان.

[المطلب الأوّل: في الخالع]

الأوّل: الخالع و يشترط فيه: البلوغ و العقل و الاختيار و القصد، فلا يقع من الصغير و إن كان مراهقاً إلّا على الروايات المتقدّمة في الطلاق بنفاذ طلاقه «٢» و قد عرفت ضعفها سنداً و دلالة.

و لا من المجنون المطبق و لو كان الجنون يعتوِره أدواراً صحّ حال إفاقته لانتفاء المانع و صدوره عن أهله.

و لو ادّعت وقوعه حال جنونه و ادّعى وقوعه حال الإفاقة أو بالعكس فالأقرب تقديم مدّعى الصحّة لأنّها الأصل، و يحتمل الخلاف، لأصالة عدم الوقوع و بقاء النكاح و البراءة من العوض.

و لا من المكره إلّا مع قرينة الرضا كأن يكرهه على الخلع بمائةٍ

---

(١) في ن بدل «لامتناع»: لانتفاء.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢ من أبواب مقدّماته و شرائطه ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ١٩٣

فيخلعها بمائتين أو بفضّة فيخلعها بذهب إلى غير ذلك من نحو ما مرّ في الطلاق و غيره.

و لو ادّعى الإكراه لم يقبل إلّا مع البيّنة لمخالفته الأصل، و يستردّ منه المال و تكفي القرينة فإنّه عبارة عن أنّه لم ينو بالصيغة معناها، و إنّما أوقعها خوفاً، و هو من الأُمور الباطنة التي لا يطّلع عليها إلّا من قبله، مع التأيّد بأصالة بقاء النكاح، و لذلك فالظاهر قبول قوله مع يمينه و إن لم تكن قرينة، ما لم تكن القرينة على خلافه، و كذا لو ادّعت إكراهها.

و لو ادّعت إكراهه لم يقبل و إن أقامت بيّنة، إلّا أن تشهد بإقراره، لأنّها إنّما يطّلع على قرائن الإكراه، و ربّما تحقّقت و أوقع الصيغة قاصداً بها معناها مختاراً لها «١».

و لا يقع مع السكر الرافع للقصد، و لو لم يرفع قصده صحّ و يقبل قوله فى القصد و عدمه مع اليمين لأنّه لا يعرف إلّا من قبله.

و كذا لا يقع مع الغضب الرافع للقصد و يرجع إليه فى ذلك و لا مع الغفلة و السهو.

و لو خالع وليّ الطفل بمهر المثل صحّ إن قلنا هو فسخ لأنّ له التصرّف فى أُموره بالعقود، و فسخ ما ينفسخ منها و إلّا بل كان طلاقاً فلا لأنّه لا يملك الطلاق عن المولّى عنه.

و لو خالع بدونه لم يصحّ إلّا مع المصلحة و فيه إشارة إلى الفرق بين الإيقاعين، فإنّه بدون مهر المثل لا شبهة فى أنّه لا يصحّ إلّا مع المصلحة، و به مختلف فيه، فقد اختلف فى أنّه لا بدّ فى تصرّفات الوليّ من اعتبار المصلحة أو يكفى انتفاء المفسدة.

و أبطل فى الخلاف خلع الوليّ، و ادّعى الإجماع عليه «٢». و وافقه ابن سعيد «٣».

و لو خالع السفيه بعوض المثل وافق مهر المثل أو خالفه، و يحتمل

---

(١) فى ط وى بدل «لها»: له.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ۴۲۲ مسألة ۲۹.

(٣) الجامع للشرائع: ص ۴۷۵.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨، ص: ١٩۴

إرادة مهر المثل كما فى التذكرة «١» و غيرها صحّ لأنّه اكتساب، و إنّما اشترط عوض المثل بناءً على كونه معاوضة. و يحتمل الصحّة بما دونه كما يعطيه كلام التحرير «٢» لأنّه بعد التسليم إنّما يأخذ عوض البضع، فإنّما أتلف على نفسه بضعاً، و هو ليس من المال ليحجر عليه فى استبداله، و أخذه العوض ليس إلّا اكتساباً للمال، و لا تقدير لذلك مع أنّ الصحيح كونه طلاقاً، و إذا نفذ طلاقه مجّاناً فمع العوض أيّاً ما كان أولى، و تردّد فى التذكرة «٣».

و لا يقبضه أى العوض بل إنّما يقبضه وليّه فإن سلّمته إليه لم تبرأ، فإن كان باقياً أخذه منه وليّه و برئت فإن كان معيّناً تعيّن أخذه منه، و إلّا تخيّر بين الأخذ منه و منها، فتستردّ منه.

و إن أتلفه كان للوليّ مطالبتها و إن علم بالقبض قبل الإتلاف فتوانى فى أخذه منه إلى أن أتلفه، و إنّما يطالبها به أى بعوض المثل الّذى وقع عليه الخلع، لأنّه الّذى استحقّه المولّى عليه لا بمهر المثل إن خالفه فى المقدار، كما قال به بعض العامّة «۴» لأنّه غيره، و صحّة المطالبة، لأنّه لم يتحقّق التسليم شرعاً، كانت عالمة بالسفه أو لا، علمت الحكم الشرعى أو لا.

و ليس لها الرجوع على السفيه بعد فكّ الحجر عنه لأنّها سلّطته على إتلافه بتسليمه إليه كانت عالمة بحاله أم لا، إذ من حقّها البحث.

و الأقرب أنّ لها المطالبة مع الجهل بالسفه أو حكمه، لأنّها لم تسلّطه عليه مجّاناً، و نفى فى التذكرة البأس عن التضمين مطلقاً بعد فكّ الحجر عنه «۵».

و لو أذن لها الوليّ فى الدفع إليه، فالأقرب براءة ذمّتها لأنّه دفع مأذون فيه ممّن له الولاية، فكان مُجزئاً، و هو مُتّجه إذا كان بمراعاته له، فإنّه بمنزلة التسليم إليه، و أمّا مع الغيبة و انتفاء المراعاة فلا، لاحتمال تفريط الوليّ بذلك، و عدم نفوذ هذا الإذن منه.

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٧٩ س ٣١.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٨ س ١٩.

(۳) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۷۹ س ۲۹.

(۴) الحاوى الكبير: ج ۱۰ ص ۸۵.

(۵) تذكرة الفقهاء: ج ۲ ص ۷۹ س ۲۰.

و فى الصبىّ لو أذن لها الولىّ فى التسليم إليه إشكال ممّا مرّ فى السفيه. و من أنّه ليس أهلًا للتسلّم بخلاف السفيه، و يتّجه التفصيل المتقدّم.

و كذا الإشكال فى المجنون من ذلك، و أقربه فيهما عدم البراءة.

و هل لها إن سلّمت إليهما بإذن الولىّ الرجوع على الولىّ مع التلف و جهلها الحكم؟ أقربه ذلك، لأنّه سبب التلف، و السبب هنا راجح على المباشر. و يحتمل العدم ضعيفاً؛ لتفريطها بالجهل.

و هل للعبد الخلع بغير إذن مولاه؟ أقربه ذلك إن جعلناه طلاقاً فإنّ الطلاق بيده، و إذا نفذ مجّاناً فبالعوض أولى، مع احتمال الفساد لكونه معاوضة.

أو جعلناه فسخاً على إشكال من كونه فسخاً بعوض فهو معاوضة. و من أنّه ليس معاوضة محضة، و إلّا كان العوضان مالين. و قطع فى التحرير بالصّحة من غير فرق «۱».

و العوض لمولاه و عوض المكاتب له لانتفاء سلطنة المولى عنه، فلا تبرأ بدفع العوض إليه إن لم يكن مكاتباً إلّا بإذن المولى و لو دفعت العوض إلى العبد من غير إذن المولى فأتلفه رجع عليها المولى و رجعت عليه بعد عتقه، بخلاف المحجور عليه لغير الرقّ لأنّه حجر عليه لحفظ ماله، فلو جعلنا عليه رجوعاً بعد الحجر لم يفد الحجر شيئاً بخلاف العبد، فإنّه إنّما حجر عليه لاشتغاله بحقّ المولى، و لأنّه حجر عليه لحقّ نفسه، و هو يناسب انتفاء الضمان عنه مطلقاً، و الحجر على العبد لحقّ المولى، و هو يناسب ضمانه إذا خلى عن حقّه.

و يصحّ الخلع من المريض لأنّه إمّا طلاق و إذا جاز مجّاناً فبالعوض أولى أو معاوضة كالبيع و إن كان بدون مهر المثل لأنّه إذا جاز الطلاق

---

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶۰ س ۶.

مجّاناً فبالعوض [و إن قلّ] «۱» أجوز، و لو كان معاوضة فغايته أن يكون محاباة يعتبر من الثلث. و عن الحسن بن محمّد بن القاسم الهاشمىّ أنّه سمع الصادق (عليه السّلام) يقول: لا ترث المختلعة و المبارئة و المستأمرة فى طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان منهنّ فى مرض الزوج و إن مات فى مرضه، لأنّ العصمة قد انقطعت منهنّ و منه «۲».

و يصحّ خلع المحجور عليه للفلس لأنّه من أهله، و الحجر عليه إنّما هو لحقّ الغرماء، فلا يحجر إلّا فيما يضرّهم.

و يصحّ خُلع المُشرك ذمّيّاً و حربيّاً لعموم الأدلّة.

فإن تعاقدا الخلع بعوض صحيح، ثمّ ترافعا إلينا قبل الإسلام أو بعده منهما أو من أحدهما قبل القبض أو بعده كلّا أو بعضاً أمضاه الحاكم. و إن كان العوض فاسداً كالخمر و الخنزير، ثمّ ترافعاً بعد التقابض، فلا اعتراض قبل الإسلام أو بعده، إلّا إذا تقابضا بعد الإسلام فسيأتى.

و إن كان الترافع قبله أى التقابض لم يأمره بقبضه «۳» و أوجب عليها القيمة عند المستحلّين كما فى المبسوط «۴». و للعامّة قول

بإيجاب مهر المثل «۵».

و إن تقابضا البعض أوجب عليها بقدر الباقى من القيمة، و لو أسلما ثمّ تقابضا ثمّ ترافعا أبطل القبض و أوجب القيمة و لا شيء عليهما إلّا إذا كانا علما بالحرمة فيعزّرهما كما فى المبسوط «۶».

[المطلب الثانی: فی المختلعة]

المطلب الثانی: المختلعة و يشترط فيها ما تقدّم فی الخالع و لولیّ الصغيرة اختلاعها مع

---

(۱) ما بين المعقوفتين لم يرد فی ن.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۹۶ ب ۵ من كتاب الخلع و المباراة ح ۴.

(۳) فی قواعد الأحكام بدل «بقبضه»: بإقباضه.

(۴) المبسوط: ج ۴ ص ۳۷۱.

(۵) المغنی لابن قدامة: ج ۸ ص ۲۰۳. كفاية الأخيار: ج ۲ ص ۵۰.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۳۷۱.

المصلحة و أن تكون طاهراً طُهراً لم يقربها فيه بجماع إن كانت مدخولًا بها غير يائسة و لا صغيرة و لا حامل و كان الزوج حاضراً معها قلنا بأنّه طلاق أو فسخ بالاتّفاق كما فی الخلاف «۱».

و ينصّ عليه الأخبار كقول الصادق (عليه السّلام) فی خبر حمران: لا يكون خلع و لا تخيير و لا مباراة إلّا على طهر من المرأة من غير جماع و شاهدين يعرفان الرجل و يريان المرأة و يحضران التخيير و إقرار المرأة أنّها على طهر من غير جماع يوم خيّرها «۲».

و قول الباقر (عليه السّلام) فی صحيح محمّد بن مسلم: لا طلاق و لا خلع و لا مباراة و لا خيار إلّا على طهر من غير جماع «۳».

و فی المراسم: و شروط الخلع و المباراة شروط الطلاق، إلّا أنّهما يقعان بكلّ زوجة «۴». و هو يعطی وقوعهما فی الحيض و طهر المواقعة.

و قال ابن إدريس: يريد أنّه بائن لا رجعة مع واحد منهما، سواء كان مصاحباً للطلقة الأُولى أو الثانية، قال: لأنّه لمّا عدّد البوائن ذكر ذلك، فالمعنى أنّهما يبينان كلّ زوجة، و حكی عن الراوندی: أنّه أراد المتمتّع بها. و قال: و هذا خطأ محض، لأنّ المباراة لا بدّ فيها من طلاق، و المتمتّع بها لا يقع بها طلاق «۵».

و أن تكون الكراهِيَة منها لا منه وحده، فلا يجوز أخذ العوض، و لا منهما، فيكون مباراةً. و يصحّ خلع الحامل و إن رأت الحيض كالطلاق. قال زرارة: لا يكون إلّا على مثل موضع الطلاق إمّا طاهراً و إمّا حاملًا «۶».

و قد سبق ما نصّ على أنّ خمساً يُطلّقن على كلّ حال، منهنّ: الحامل «۷». و عن بعض الأصحاب أنّها إن حاضت لم يجز خلعها و إن جاز طلاقها، و لعلّه مبنیّ

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۴۲۲، مسألة ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۴ ب ۲۳ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۹۷ ب ۶ من كتاب الخلع و المباراة ح ۳.

(۴) المراسم: ص ۱۶۲.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۷۳۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۹۸ ب ۶ من كتاب الخلع و المباراة ح ۶.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۳۰۹ ب ۲۷ من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ۳.

على كونه فسخاً، مع عموم ما سمعته من الخبرين.

و كذا يصحّ خلع غير المدخول بها معه أي الحيض اتّفاقاً لكونها من الخمس و كذا اليائسة و إن وطئها في طهر المخالعة لذلك و كذا لو وطئ الصغيرة جاز له خلعها إذا بذل الوليّ لذلك، و لكن في جواز خلع الصغيرة مطلقاً خلاف، ففي النهاية الجواز «۱». و في المبسوط «۲» و الجامع «۳» المنع منه، و هو أجود، لانتفاء الكراهة منها. و في التحرير: لأنّه لا حظّ لها في إسقاط مالها «۴». و ضعفه ظاهر.

و للوليّ الخلع عن المجنونة و الكلام فيها كالكلام في الصغيرة و على الجواز فإنّما يبذل الوليّ مهر مثلها فما دون إلّا مع المصلحة فيما زاد، كما مرّ في وليّ الزوج.

و لو خالعت المريضة ب دون مهر المثل أو به صحّ و خرج العوض من الأصل زاد على الثلث أم لا، لأنّه معاوضة لا محاباة فيها، فلا يقصر عن نكاح المريض بمهر المثل.

و لو زاد عليه فالزيادة من الثلث وفاقاً للمبسوط «۵» للمحاباة.

فلو خالعت على مائةٍ مستوعبةٍ لمالها و مهر مثلها أربعون صحّ له ستّون أربعون من الأصل و عشرون ثُلث الباقي، و هو ستّون إن لم يكن له دين أو وصيّة. و خلافاً للخلاف «۶» و الجواهر «۷» و أحكام القرآن للراوندي «۸» قالوا: لعموم الآية «۹» من غير مخصّص.

و لو خالعت الأمة فبذلت بإذن مولاها صحّ، فإن أذن في قدرٍ معيّنٍ فبذلته تعلّق بما في يدها إن كانت مأذوناً لها في التجارة، و إن لم تكن

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۴۷۱.

(۲) المبسوط: ج ۴ ص ۳۷۲.

(۳) الجامع للشرائع: ص ۴۷۵.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۹ السطر الأخير.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۷۰.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۴۴۱ مسألة ۲۸.

(۷) جواهر الفقه: ص ۱۷۹ مسألة ۶۳۵.

(۸) فقه القرآن للراوندي: ج ۲ ص ۲۰۷.

(۹) البقرة: ۲۲۹.

مأذوناً لها فی التجارة تعلّق بکسبها إن کانت مکتسبة کما أنّ العبد المأذون فی النکاح یبذل المهر ممّا فی یده أو من کسبه.

و لو لم تکن ذات کسب تعلّق بذمّتها، تتبع به إذا أُعتقت و أیسرت کما فی المبسوط «۱».

و لو قیل: یتعلّق بالسیّد مع الإذن مطلقاً کما قلنا فی مهر المأذون فی النکاح کان حَسَناً لأنّ الإذن فیه إذن فی لوازمه، و لا فرق بین ما فی کسبه أو ما فی یده و سائر أموال السیّد، و إن قلنا بتملّک المملوک فلا إشکال فی التعلّق بذمّتها و أدائها من مالها فعلًا أو قوّة من غیر تربّص لعتق.

و لو بذلت عیناً بإذنه استحقّها، و کذا لو بذلتها فأجاز، و لو أطلق الإذن انصرف إلی مهر المثل فما دون و محلّه ما تقدّم من الکسب أو ما فی یدها أو ذمّتها أو ذمّة السیّد.

و لو لم یأذن صحّ الخلع و تعلّق العوض بذمّتها دون کسبها تتبع به بعد العتق و یتّجه حینئذٍ اختیار الزوج إن لم یعلم بالحال. و للعامّة قول بالبطلان «۲».

و کذا لو أذن و أطلق فزادت علی مهر المثل. أو عیّن قدراً فزادت علیه کانت الزیادة فی ذمّتها تتبع به خلافاً لبعض العامّة «۳» فأفسد الزائد.

و لو خالعته علی عینٍ من مال سیّدها وقع الخلع بعوضٍ فاسدٍ إن لم یجز المولی، و علیها مثلها أو قیمتها تتبع به بعد العتق و له الخیار إن لم یعلم بالحال، و یحتمل البطلان، لأنّه خالعها علی عین مستحقّة لم یسلم له، و المثل و القیمة غیرها.

و المکاتبة إن خلعت نفسها فکالقنّ إن کانت مشروطةً یتعلّق ما

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۶۶.

(۲) المدوّنة الکبری: ج ۲ ص ۳۵۱ و الحاوی الکبیر: ج ۱۰ ص ۸۲.

(۳) الحاوی الکبیر: ج ۱۰ ص ۸۲.

بذلته مع الإذن بما فی یدها مع الإذن فی التجارة أو کسبها إن کانت مکتسبة و بذمّتها مع عدمه و کذا مع عدم الإذن فی الخلع.

و إن کان مطلقةً فلا اعتراض علیها للمولی وفاقاً للمبسوط «۱» و غیره، لأنّ کسبه «۲» بینه و بین المولی، و لکن سیأتی أنّه لیس له التصرّف فی کسبه بما ینافی الاکتساب إلّا بإذنه، فلا یتّجه الفرق بینه و بین المشروطة.

و بذل السفیهة فاسد لا یوجب شیئاً إلّا بإذن الولیّ کما صرّح به فی التحریر «۳» کسائر تصرّفاته، و لا بدّ من رعایة المصلحة و کذا الصبیّة و إن أذن الولیّ لأنّها لیست من أهل العبارة.

[المطلب الثالث فی الصیغة]

المطلب الثالث فی الصیغة و هو أن یقول خَلَعتکِ أو خالعتکِ علی کذا أو فلانة أو أنتِ مختلعة علی کذا لصراحة الجمیع من غیر ما یفید الحصر، و مختلعة بمنزلة طالق لا مطلّقة.

و لا یقع عندنا ب «فادیتکِ» مجرّداً عن لفظ الطلاق، و لا «فاسختک» و لا «أبنتُکِ» و لا «بتُّتُکِ» و لا بالتقایل لأنّ الکلّ کنایات، و لا یقع عندنا بالکنایات. و ادّعی بعض العامّة کون الأوّلین صریحین «۴» فالأوّل للفظ الآیة «۵» و الثانی أصرح من لفظ الخلع، بناءً علی کونه فسخاً.

و يقع بلفظ الطلاق بلا خلاف كما فى المبسوط «۶» لأنّه طلاق، و الآية إنّما تضمّنت أخذ الفدية فى الطلاق و يكون بائناً مع ذكر الفدية و إن تجرّد عن لفظ الخلع نعم على القول بأنّ الخلع المجرّد عن الطلاق فسخ، لا يكون هذا فسخاً و لكنّه خلع، إذ لا قائل بوجوب تجريد الخلع عن الطلاق، أو بكونه فسخاً مطلقاً، و إنّما الخلاف فيما إذا تجرّد عن الطلاق، فليس هذا نوعاً من الطلاق مغايراً

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۶۷.

(۲) كذا، و المناسب تأنيث الضمائر.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۸ س ۱۵.

(۴) الحاوى الكبير: ج ۱۰ ص ۹.

(۵) البقرة: ۲۲۹.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ۳۴۴.

للخلع، لا يشترط فيه الكراهة كما قيل «۱» فإنّ النصوص من الكتاب «۲» و السنّة «۳» صريحة فى النهى عن أخذ الفدية، إلّا أن يخافا ألّا يقيما حدود اللّه.

و إذا قال: خالعتك أو خلعتك على كذا فلا بدّ من القبول إن لم يسبق منها السؤال فإنّه افتداء، و بمنزلة المعاوضة لا يتمّ إلّا برضا الطرفين فإن سبق السؤال منها وجب أن يقع الإيجاب عقيبه بلا فصل فيكون السؤال بمنزلة القبول، و كأنّه لا خلاف فى الاكتفاء بذلك، و يدلّ عليه الأصل و ظواهر الأخبار «۴» و كونه طلاقاً.

و أمّا الاتّصال، فلئلّا يتطرّق احتمال رجوعها عمّا رضيت به من العوض، و لا ينحصر لفظ السؤال فى شىء. و لعلّ السرّ فى انحصار اللفظ من طرفه دونها، لزومه من طرفه دونها.

و لا يجب التطابق بين لفظ السؤال و الإيجاب، إذا لم يكن الخلع المجرّد فسخاً، فلو قالت: «طلّقنى بألف فقال: خلعتك بها» أو بالعكس صحّ.

و لا بدّ من سماع شاهدين عدلين لفظَه معاً كالطلاق لأنّه طلاق، و للأخبار «۵».

و لو افترقا لم يقع كالطلاق و يشترط تجريده من شرط لا يقتضيه الخلع لأنّه يدفع الإيقاع. و لو شرط ما يقتضيه الخلع صحّ لأنّه فى الحقيقة ليس شرطاً، و إنّما هو تصريح بالمتضمّن مثل: إن رجعتِ رجعتُ بل ظاهر المقنع «۶» و المقنعة «۷» و المراسم «۸» لزوم التعرّض له، و قد نصّت الأخبار «۹» عليه فى المباراة.

---

(۱) نهاية المرام: ج ۲ ص ۱۲۸.

(۲) البقرة: ۲۲۹.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۸۷ ب ۱ من كتاب الخلع و المباراة.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۸۷ ب ۱ من كتاب الخلع و المباراة.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۶۹ ب ۶ من كتاب الخلع و المباراة.

(۶) المقنع: ص ۳۴۸.

(۷) المقنعة: ص ۵۲۸ ۵۲۹.

(۸) المراسم: ص ۱۶۲.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۰ ب ۸ من كتاب الخلع و المباراة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۲۰۲

أو شرطت هی الرجوع فی الفدية متى شاءت.

أمّا لو قال: «خلعتكِ إن شئتِ» لم يصحّ و إن شاءت، أو إن ضمنتِ لی ألفاً، أو إن أعطيتنی ألفاً و ما شاكله لانتفاء الإيقاع و كذا متى، أو مهما، أو أیّ وقت، أو أیّ حين و نحو ذلك، لإفادتها التعليق المنافی للإيقاع.

و لو قال: خلعتكِ على ألفٍ على أنّ لیَ الرجعة متى شئت لم يصحّ إلّا أن يضمّ إليه قوله: «إن رجعت» فإنّه شرط مخالف لمقتضى الخلع.

و كذا لو طلّق بشرط الرجعة إذا طلّق بعوضٍ فإنّه إذا قيّد به كان خلعاً فيُنافيه شرط الرجعة، بخلاف ما إذا تجرّد عن العوض فإنّه لا ينافيه.

و لو قال: خلعتك بألف مثلًا و لم يعقّبه بالطلاق و نوى بالخلع الطلاق ففی وقوعه خلعاً أو طلاقاً إشكال أمّا الخلع فمن أنّه لا خلاف فی وقوعه مع التعقيب بالطلاق، و لا معنى له إلّا الطلاق بالعوض و قد أراده. و من أنّ الخلع ليس من ألفاظ الطلاق عندنا، فلا يقع به الطلاق و إن أراده كسائر الكنايات و لم يرد به معناه ليقع الخلع، فلا هو طلاق، و لا هو خلع مجرّد، و لا مقرون بالطلاق. و أيضاً من أنّ الخلع إذا تجرّد هل هو طلاق أو فسخ؟ فإن كان طلاقاً وقع، و إن كان فسخاً كان فی وقوعه إشكال: من مغايرة الفسخ للطلاق. و من أنّ الطلاق فسخ و شی‌ء آخر.

و أمّا الطلاق فمن الخلاف فی أنّ الخلع المجرّد فسخ أو طلاق، فإن كان طلاقاً كان من صرايح الطلاق، و إلّا كان من كناياته.

و لو نوى ب «فسختُ» إذا فسخ لعيب الطلاق لم يقع لكونه من الكنايات و هل يلزم النكاح؟ الأقرب ذلك لأنّ الفسخ فوریّ و لم يوقعه، بل نيّة الطلاق التزام بالنكاح، فهو كما لو طلّقها صريحاً لكن هنا تطلّق لا هناك.

و يحتمل عدم اللزوم، لأنّ الطلاق إنّما يكون التزاماً بالنكاح إذا صحّ، و هنا لم يصحّ. و ضعفه ظاهر. و لما عرفت من أنّه فسخ و شی‌ء آخر. و يندفع بأنّه فسخ تابع للنكاح، و هو لا يفيد.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۲۰۳

و لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرّداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القول بأنّه طلاق و لا على الآخر أمّا على الآخر فظاهر، لأنّها طلبت الطلاق. و أمّا على الأوّل فلأنّ ظاهرها طلب صريح الطلاق، و المتّفق على كونه طلاقاً، و هو ليس صريحاً، و لو سلّم ففيه خلاف، فما أوقعه ليس طلاقاً، و هی لم تطلب الخلع فلم يقع شی‌ء منهما.

و فی المبسوط: و على ما يذهب إليه بعض أصحابنا من أنّ بلفظ الخلع تقع الفُرقة ينبغی أن يقول: يقع «۱». و هو أقوى، إلّا أن تصرّح بطلب المتّفق على كونه طلاقاً، لما عرفت من أنّه حينئذٍ من صرايح الطلاق.

و لو طلبت منه خلعاً بعوضٍ معيّنٍ فطلّق به وقع الطلاق لصدوره عن أهله بلفظه الصريح. و ربّما احتمل ضعيفاً بطلانه، لأنّه علّق الطلاق بالعوض و كان رجعيّاً لا خلعيّاً.

و لم يلزم البذل إن قلنا: إنّه أی الخلع فسخ فإنّه أوقع غير ما طلبته، فلا ينزّل طلبها منزلة القبول و كان خلعيّاً.

و يلزم البذل على أنّه طلاق أو مفتقر إليه فإنّها على التقديرين إنّما طلبت الطلاق بعوض.

و لو ابتدأ فقال: أنتِ طالق بألفٍ أو و عليك ألف صحّ الطلاق لصدور صريح لفظه عن أهله فی محلّه، و كان رجعيّاً، و لم يلزمها

الألف إذا لم يتعقّبه القبول، لما عرفت: من أنّه لا بدّ فى الخلع من القبول أو ابتداء السؤال.

و لو تبرّعت بعد ذلك بضمانها لا على وجه يكون قبولًا لذلك الإيجاب لأنّه ضمان ما لم يجب، و لو دفعتها فهى هبة، و لا يصير الطلاق على التقديرين بائناً و يزيد قوله «أنتِ طالق و عليكِ ألف» أنّه إن لم تعقّبه لقبول لم يلزم العوض، كما فى المبسوط، لأنّه أوقع الطلاق مجرّداً. أو استأنف بقوله: «و عليكِ ألف» كما إذا قال «أنت طالق و عليك حجّ». قال: و إن تصادقا على أنّ

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣۴٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٢٠۴

كلامه كان جواباً لاستدعائها مثل أن يتّفقا أنّ هذا جواب لقولها: «طلّقنى طلقة بألف فقال: أنتِ طالق و عليك ألف» لزمها الألف، لا بقوله: «و عليك ألف» بدليل أنّه لو أجابها فقال: «أنت طالق» و سكت لزمها الألف «١».

و لو قالت: طلّقنى أو خالعنى بألفٍ مثلًا فالجواب على الفور لما عرفت: من أنّ سؤالها بمنزلة القبول، و أنّ الخلع من المعاوضات، و لا بدّ فى جميعها من تقارن الإيجاب و القبول.

فإن أخّر و أتى بلفظ الطلاق و لم يتعقّبه قبول فالطلاق واقع، و لكن رجعىّ إن جازت الرجعة، إلّا على ما عرفته من احتمال البطلان، إذ لم يقصد إلّا الطلاق بعوض و لا عوض عليها.

و يصحّ الإيقاع منه و من وكيله حاضراً أو غائباً، إلّا على القول بأنّه طلاق مع القول بأنّه لا يجوز التوكيل فى الطلاق مع الحضور، و كما يجوز التوكيل منه يجوز منها.

و يستحبّ للموكّل أيّاً من كان تقدير البذل، و يجوز بدونه، فينصرف إلى مهر المثل.

و هل يتولّى البذل و الإيقاع جميعاً وكيل واحد عنهما؟ الأقرب الجواز للأصل، و كفاية التغاير اعتباراً، كما هو المختار فى سائر العقود.

و يحتمل الجواز هنا و إن منعناه فى سائر العقود، بناءً على أنّ البذل جعالة و الخلع إيقاع.

[المطلب الرابع فى الفدية]

المطلب الرابع فى الفدية و هى العوض عن نكاحٍ قائمٍ لم يعرض له الزوال لزوماً و لا جوازاً لكونه افتداءً، و الافتداء إنّما يصحّ إذا كانت فى قيد النكاح.

و لمّا تَضمّن من الأخبار «٢» أنّه لا يقع إلّا على مثل محلّ الطلاق. فلا يقع

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣۵٨.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٩٠ ب ٣ من كتاب الخلع و المباراة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٢٠۵

الخلع بالبائنة و لا بالرجعيّة و لا بالمرتدّة عن الإسلام و إن عادت فى العدّة خلافاً للعامّة، فلهم قول بالوقوع بالرجعيّة لكونها كالزوجة، و بالمرتدّة موقوفاً «١».

و يشترط فى الفدية العلم بها من الطرفين و التموّل كما فى سائر المعاوضات، و للعامّة قول بجواز الجهل «٢» فينصرف إلى مهر

المثل.

و كلّ ما يصحّ أن يكون مهراً صحّ أن يكون فديةً عيناً و ديناً و لا تقدير فيه للأصل و العمومات بل يجوز أن يكون زائداً عمّا وصل إليها من مهرٍ و غيره للعمومات و خصوصات أخبار «٣».

و لو بذلت ما لا يصحّ تملّكه مطلقاً كالحرّ أو لا يصحّ للمسلم خاصّة كالخمر، فسد الخلع عندنا، و للعامّة قول بالصحّة و الانصراف إلى مهر المثل «۴».

فإن أتبع بالطلاق كان رجعيّاً. و لو خلعها على عينٍ مستحقّةٍ إمّا مغصوبة أو لا، فإن علم بالحال فسد الخلع من أصله إن لم يتبعه بالطلاق و لا يبعد القول بالوقف إلى الإجازة و إن أتبعه به فسد خلعاً، و كان رجعيّاً، و إن لم يعلم استحقاقها قيل في المبسوط بطل الخلع «۵». و يحتمل الصحّة و يكون له المثل إن كان مثليّا و «۶» القيمة إن لم يكن مثليّا كما في المسألة الآتية، إذ لا يعقل الفرق بينهما، و الأصل في العقود الصحّة مع أنّه ليس معاوضة محضة.

و لو خلعها على خلّ في ظنّهما فبان خمراً صحّ، و كان له بقدره خلّ كما [مرّ] «۷» في المهر. و للعامّة قول بالرجوع إلى مهر المثل «۸».

---

(۱) لم نعثر عليه.

(۲) المغني لابن قدامة: ج ۸ ص ۱۸۷.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۴۹۳ ب ۴ من كتاب الخلع و المباراة.

(۴) المجموع: ج ۱۷ ص ۲۵ و ۲۸.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۵۷.

(۶) في قواعد الأحكام: أو.

(۷) لم يرد في ن، ق.

(۸) المجموع: ج ۱۷ ص ۲۸.

و لو خالعها على غير معيّن القدر أو الجنس أو الوصف أو حمل الدابّة أو الجارية أو ما في بطنهما بطل عندنا، إلّا أن يعيّناه بالقصد فسيأتي.

و كذا لو قال: «خالعتك» «۱» و لم يذكر شيئاً، و لا ينصرف إلى مهر المثل عندنا في شيء من ذلك، خلافاً للعامّة «۲». و منهم من قال في الحمل: إن خرج سليماً كان هو العوض و إلّا فمهر المثل، و كذا ما في بطنها «۳». و منهم من قال فيما في بطنها: إن لم يظهر حمل لم يستحقّ شيئاً «۴» و لو كان العوض غائباً فلا بدّ من ذكر جنسه، و قدره، و وصفه بما يرفع الجهالة، و تكفي المشاهدة في الحاضر عن معرفة القدر كالمهر، لاندفاع معظم الغرر بها.

فلو كان حاضراً و رجعت في البذل ثمّ اختلفا في القدر فالقول قوله مع اليمين للأصل.

و في الجامع قيل: يتحالفان، و يجب مهر المثل، و قيل: تحلف الزوجة «۵».

و إطلاق النقد و الوزن ينصرف إلى غالب البلد و إن تعدّد بطل و لو عيّن انصرف إليه غالباً و غيره.

و يصحّ البذل منها، و من وكيلها، أو وليّها عنها، و ممّن يضمنه بإذنها فإنّه بمنزلة إقراضها، و الدفع وكالة عنها.

و هل يصحّ البذل من المتبرّع؟ الأقرب المنع وفاقاً للشيخ «۶» و غيره، لخروجه عن معنى الخلع، فإنّما أُضيف الافتداء في الآية «۷»

و الأخبار «٨» إليها.

و يحتمل الصحّة بناءً على أنّ البذل ليس إلّا افتداءً أو جعالة، و ما يوقعه الزوج

---

(١) فى قواعد الأحكام: خلعتُكِ.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٢٥.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١٠ ص ۶٢ و المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٩٠.

(۴) الحاوى الكبير: ج ١٠ ص ۶٢ و المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٩٠.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴٧٧.

(۶) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶۵.

(٧) البقرة: ٢٢٩.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٨٧ ب ١ من كتاب الخلع و المباراة.

ليس إلّا إيقاعاً، و يجوز الافتداء من غير المفتدى و الجعالة، كما يجوز التزام مال ليعتق عبده أو يطلّق زوجته.

و يضعّف بأنّ الكلام فى صحّته على وجه يكون عوض الخلع و وقوعه خلعاً، و يجوز عود الضمير إلى الضمان، أى هل يصحّ الضمان من المتبرّع؟ الأقرب العدم، لأنّه ضمان ما لم يجب، فلا يصحّ إلّا فيما دلّ عليه الدليل، كضمان من يقول: «ألق متاعك فى البحر و علىَّ ضمانه» و لأنّه لا بدّ فى الخلع من إيجاب و قبول، و القبول إنّما يكون من المرأة، فلا يصحّ من الأجنبىّ.

و يحتمل الصحّة لكونه فى معنى الافتداء، و هو يصحّ من الأجنبىّ. و ضعفه ظاهر، إلّا أن يكون وكيلًا لها فى الخلع، كما فى المبسوط «١».

أمّا لو قال: طلّقها على ألفٍ من مالها بأن يخلعها عليها و تقبل هى و علىَّ ضمانها، أو طلّقها علىّ عبدها هذا كذلك.

و علىَّ ضمانه، صحّ لوقوعه جامعاً للإيجاب و القبول من أهله، فإن رضيت بدفع البذل فلا كلام فإن لم ترضَ بدفع البذل صحّ الخلع أى لم يقدح ذلك فى صحّته لوقوعه صحيحاً، و غاية عدم رضاها به أن يكون رجوعاً عن البذل.

و ضَمِن المتبرّع بدل الألف، أو قيمة العبد كما فى المبسوط «٢» على إشكال من أنّه ضمان ما لم يجب. و من أنّه إذا مسّت الحاجة إلى مثله صحّ، كقوله: «ألق متاعك فى البحر و علىَّ ضمانه».

و يصحّ جعل الإرضاع فديةً للأصل و العموم بشرط تعيين المدّة و المرتضع، و كذا يصحّ جعل النفقة على نفسه أو غيره من ولد و غيره فديةً بشرط تعيين المدّة و قدرها من المأكول و الملبوس و وصفها بحيث ينضبط، كما ينضبط المبيع فى السلم فإن عاش الولد الّذى جعل إرضاعه

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶۵.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶٠ ٣۶١.

أو الإنفاق عليه عوضاً فى تمام المدّة استوفاه الولد بنفسه بأن تُنفق هى عليه. أو الأب بأن يأخذ منها و ينفق عليه.

فإن كان زهيداً فى تمام ما شرط عليها من النفقة، فيكفيه بعضها فالزيادة للزوج، و إن كان رغيباً فطلب الزيادة فالزيادة عليه إن

كان الولد فقيراً. و لا يتفاوت الحال فى الرضاع.
و لو مات الولد فى الأثناء استوفى الأب قدر نصيبه من الباقى فإنّ العوض له، و الولد إنّما هو محلّ البذل. و للعامّة قول بانفساخ العقد «١» لتعذّر الوصول إلى ما عيّن عوضاً، فهو كالخلع على عين خرجت مستحقّة، أو كعوضٍ تلف قبل القبض.
و على المختار فإن كان العوض رضاعاً رجع عليها بأُجرة المثل للرضاع فى بقيّة المدّة و إن كان نفقةً رجع عليها بالمثل إن كان مثليّا أو القيمة إن لم يكن مثليّا، و لا يجب عليها دفعه أى العوض من الأُجرة أو النفقة معجّلًا لأنّ موت الولد لا مدخل له فى أجل الدين ليقلبه حالّا بل إنّما يجب عليها إدراراً فى المدّة كما فى حياة الولد. و للعامّة قول بالحلول «٢».
و لو خلعها على أن تكفّل بولده عشر سنين مثلًا جاز إذا بيّنا مدّة الرضاع من ذلك حولًا أو حولين أو غيرهما إن كان فيه أى فى الكفل رضاع، و لا يحتاج إلى تقدير اللبن مرّات بل يكفى تقدير مدّته، و يفتقر إلى تعيين نفقة باقى المدّة قدراً و جنساً فى الطعام و الأُدْم و الكسوة، فإذا انقضت مدّة الرضاع كان للأب أن يأخذ ما قدّر «٣» من الطعام و الأُدْم كلّ يوم، و يقوم هو بما يحتاج إليه الصبىّ. و له أن يأذن لها فى إنفاقه. و لو مات فى مدّة الرضاع لم يكن له أن يأتى بغيره للرضاع بل يتعيّن الأُجرة،

---

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٢٧.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٩٣.

(٣) فى النسخ: ممّا قرّر، و ما أثبتناه من المتن.

لاختلاف الرضاع باختلاف الأطفال، و لذا كان المعتبر فى تعيينه تعيين «١» الطفل و المدّة، و للعامّة قول بالإتيان بمثله «٢».
و لو لم يحمل الصبىّ إليها للرضاع مع إمكانه حتّى انقضت المدّة، ففى استحقاقه العوض نظر من الشكّ فى استناد التقصير إليه أو إليها.
و لو تلفت الفدية قبل القبض لزمها عندنا مثله إن كان مثليّا أو قيمته إن لم يكن مثليّا. و للعامّة قول بالانصراف إلى مهر المثل «٣».
و لو كانت مطلقةً موصوفةً فوجدها دون الوصف، كان له الردّ و المطالبة بما وصف لعدم وصول حقّه إليه.
و لو كانت معيّنةً فبانت معيبةً، فله الردّ و المطالبة بالمثل، أو القيمة إن لم يكن مثليّا، أو الإمساك بالأرش فإنّ الوصف كالجزء، فبفواته فات من العوض جزء، فيتخيّر بين أخذ عوض الجزء الفائت خاصّة، و بين الردّ و أخذ عوض الجميع، جبراً لتبعّض الصفقة، و ليس كالبيع «٤» فى التخيير بين الإمساك بالأرش و الردّ مع الفسخ. فإنّ الطلاق إذا وقع لزم و لم يقبل الانفساخ. و للعامّة قول بالانصراف إلى مهر المثل إذا ردّه «٥».
و لو شرط كون العبد حبشيّا فبان زنجيّاً أو بان الثوب الأبيض بحسب الشرط أسمر فكذلك لفوات الوصف فيهما دون الذات.
و لو شرط كونه إبريسماً فبان كتّاناً فله قيمة الإبريسم، و ليس له إمساك الكتّان لمخالفة الجنس فهو فائت الذات.
و لو خالع اثنتين بفديةٍ واحدةٍ صحّ للعلم بالعوض، و هو المجموع و كانت عليهما بالسويّة وفاقاً للأكثر، لذكرها فى مقابلتهما. و خلافاً لابن سعيد «٦» فقسّطها على حسب مهر المثل، و توقّف بينهما فى المختلف «٧» و قسّطها

---

(١) فى ن: تعيّن.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٢۴ ٢٧.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ٢٤.

(۴) فى ق بدل «البيع»: المبيع.

(۵) المجموع: ج ١٧ ص ٢۵.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴٧٧.

(٧) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٠٣.

القاضى «١» على حسب المسمّى، و ربّما يكون تجوّز عن مهر المثل، و للعامّة قول بلزوم مهر المثل على كلّ منهما «٢».

[المطلب الخامس فى سؤال الطلاق]

المطلب الخامس فى سؤال الطلاق لو قالت: «طلّقنى بألفٍ» فالجواب على الفور فإنّه بمنزلة القبول، و الجواب بمنزلة الإيجاب فإن تأخّر فالطلاق رجعىّ إن أتى بلفظ الطلاق، أو كان الخلع طلاقاً و لا فدية عليها و لو قالت: «طلّقى بها متى شئت» لم يصحّ البذل، و كان الطلاق رجعيّاً و إن أجاب على الفور، لأنّ القبول لا يقبل التعليق كالإيجاب.

و لو قالتا: «طلّقنا بألف» فطلّق واحدةً و لم يصرّح بالعوض كان له نصف الألف على المختار، و على حسب مهر مثلها على الآخر.

و قد يستشكل فيه كما فى التحرير «٣»: لجواز أن لا تبذل إلّا مع طلاق الضرَّة. و إن أجاب بطلاق واحدة بالألف لم يقع إلّا أن يتعقّبه منها القبول.

فإن عقّب بطلاق الأُخرى كان رجعيّاً و لا فدية عليها لتأخّر الجواب و كذا لو ابتدأ فقال: خالعتكما أو أنتما طالقان بألف، فقبلت إحداهما. و فرّق بعضهم فلم يوقع بهذا شيئاً، لأنّ القبول لا يوافق الجواب، كما لو قال: بعتكما هذا العبد بألف فقبل أحدهما.

و لو قال فى جواب سؤالهما أنتما طالقتان و لم يقل بألف طُلّقتا و استحقّ العوض أجمع عليهما.

و بالجملة لا يجب فى الجواب ذكر العوض المذكور فى السؤال، لانصرافه إليه، كما إذا قيل: بعتك كذا بكذا، فقال: اشتريت.

و لو قالت: طلّقنى ثلاثاً على أنّ لك علىّ ألفاً فطلّقها قيل فى

---

(١) المهذّب: ج ٢ ص ٢٧٢.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٢٩.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶٠ س ٢.

المبسوط «١» لا يصحّ، لأنّه طلاق بشرط كما فى قوله تعالى: «هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلىٰ أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمّٰا عُلِّمْتَ رُشْداً» «٢».

و الوجه أنّه طلاق فى مقابلة عوض، فلا يعدّ شرطاً فإنّ هذه الصيغة ليست من حقيقة الشرط فى شىء، و لذا وقع عوضاً للبضع فى قوله تعالى: «أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هٰاتَيْنِ عَلىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمٰانِيَ حِجَجٍ» «٣» و جواز التجوّز بها عنه لا يقدح فى الصحّة.

فإن قصدت الثلاث ولاءً لم يصحّ البذل، و لو طلّقها ثلاثاً مرسلًا أى ولاءً، كما يرشد إليه عبارة التحرير «۴» لأنّه بذل على فعل فاسد، فلا عبرة به شرعاً. و لأنّه لم يفعل ما سألته لأنّه لم تقع إلّا الطلقة الأُولى، إلّا أن تكون سألته التلفّظ بالطلقات الثلاث ولاءً و إن لم تقع إلّا واحدة منها.

و قيل فى المبسوط له ثلث الألف لوقوع الواحدة «۵» و الألف لمّا بذلتها بإزاء الثلاث تقسّط عليها بالسويّة.
و فيه نظر لما سيأتى. و ربّما قيل: له الألف حملًا للبذل على ما يقع من الثلاث.
و فى الكنز و الإيضاح: أنّ الإرسال أن يقول: «أنت طالق ثلاثاً» «۶» «۷» و حينئذٍ فالمناسب أن يريد بقوله: «ولاء» عدم تخلّل الرجعة، أعمّ من أن يكون مرّة أو مرّات، و تخصيص الإرسال، لأنّه عبارة صحيحة فى الجملة على القول بوقوع واحدةٍ. و لو قصدت ثلاثاً برجعتين صحّ لأنّ البذل على أفعال صحيحة شرعاً فإن طلّق ثلاثاً كذلك فله الألف وفاقاً للمحقّق على الجعالة «۸» لا على الخلع، و إلّا لزم تراخى الإيجاب عن السؤال، و جواز مراجعة الزوج فى الخلع من غير رجوعها فى البذل.

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۴۷.
(۲) الكهف: ۶۶.
(۳) القصص: ۲۷.
(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۹ س ۱۶.
(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۵۲.
(۶) كنز الفوائد: ج ۲ ص ۶۲۸.
(۷) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۳۹۰.
(۸) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۵۵.

إلّا أن يقال: إنّ البذل إنّما هو على الثالثة، و قد يلتزم كونه خلعاً و يقال بأنّ المبادرة إلى الطلقة الأُولى كافية. فإنّ هذا التراخى ممّا لا بدّ منه كالتراخى بين السؤال و آخر الجواب. و أمّا المراجعة فإمّا مستثناة، لتعلّق الغرض هنا بالبينونة و لا يتمّ إلّا بها، أو لأنّ البذل إنّما هو على الثالثة، أو على المجموع من حيث هو مجموع، فكلّ طلقة لا عوض عليها إلّا من حيث إنّها جزء ماله عوض، أو أنّها لمّا سألت ذلك فكأنّها وكّلته فى الرجوع فى البذل.
و إن طلّق واحدةً قيل فى المبسوط له الثلث «۱» لما مرّ و فيه نظر لأنّ مقابلة الجميع بالجملة لا تقتضى مقابلة الأجزاء بالأجزاء خصوصاً و الطلقة ليست متقوّمة، و العمدة هنا الثالثة إن لم يختصّ بها البذل.
و لو قالت: طلّقنى واحدة بألف فطلّقها ثلاثاً ولاءً، فإن قال: الألف فى مقابلة الأُولى أى قوله: أنت طالق فى المرّة الأُولى جواب استدعائها فله الألف، و وقعت بائنة و لَغَت الباقيتان. و إن قال: فى مقابلة الثانية فالأُولى رجعيّة لوقوعها بلا بذل و لا فدية له و الباقيتان باطلتان. و لو قال: فى مقابلة الجميع وقعت الأُولى خاصّة.
قيل فى المبسوط و له ثلث الألف «۲» لفهم التوزيع من كلامه، و لمّا رضيت بالألف عوضاً، فقد رضيت بثلثها. فتوافق الإيجاب و القبول.
و لو قيل: له الألف، كان وجهاً حيث أوقع ما طلبته [فإنّه إنّما أوقع طلقة] «۳» واحدة بالعوض لبطلان الأُخريين، و كونه فى مقابلة الجميع فى قوّة الكون فى مقابلة واحدة. و أيضاً لا دليل على التوزيع، خصوصاً و الأخيرتان فاسدتان.
و فيه وجه: بأنّه لا شىء له، لعدم توافق السؤال و الجواب.
و لو صرّح بالتوزيع احتمل البطلان من رأسه، لأنّه إنّما نوى الطلاق بعوض و لم تقبله هى. و الصحّة و عدم استحقاقه شيئاً. و الصحّة و استحقاقه الثلث.

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣۵٣.
(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣۵٣.
(٣) ما بين المعقوفتين لم يرد فى ن، ق.

و لو قالت: إن طلّقتنى فأنت برىء من الصداق لم يصحّ الإبراء، لوقوعه مشروطاً و الشرط ينافى الإنشاء، و الإبراء إنشاء و كان الطلاق إن «١» أوقعه رجعيّاً لعدم بذل له.

و لو قالت: طلّقنى على ألف، فقال: أنت طالق، و لم يذكر الألف، فله أن يقول: لم أقصد الجواب، ليقع رجعيّاً لأنّه ممّا لا يعرف إلّا منه، و لا مانع له إلّا من إرادته ذلك عقلًا أو شرعاً، فإن اتّهمته حلّفته.

و لو كانت معه على طلقةٍ، فقالت: طلّقنى ثلاثاً بألفٍ فطلّق واحدةً سواء اكتفى بقوله: أنت طالق، أو قال: طالق ثلاثاً، أو طالق و طالق و طالق، فإنّه على كلٍّ إنّما طلّق واحدة كان له ثُلث الألف وفاقاً للمحقّق «٢» لظهور التوزيع. و عدم ملكه إلّا واحدة لا ينافى التوزيع بتلك النسبة، أو حملًا لبذلها على الصحيح و هو البذل على الثلاث على وجه يصحّ ثمّ على التوزيع، إلّا أن يعلم أنّها أرادت الثلاث فى هذا النكاح أو التلفُّظ بالثلاث فلا يصحّ البذل، أو أراد تمام العوض بقوله: «أنت طالق» مع أنّها لم ترد إلّا البذل على الجميع موزّعاً أو غيره، فلا يستحقّ شيئاً، و فى الطلاق وجهان، أو أرادت البذل على الثالثة، و أراد الطلاق بتمام العوض فله الكلّ.

و قيل فى المبسوط «٣» له الألف مع علمها بأنّها على طلقة لأنّ معناه حينئذٍ كمّل لى الثلاث لتحصل البينونة حملًا لبذلها على الصحيح ما لم تصرّح بإرادتها الفاسد و الثلث مع جهلها بأنّه لم يبق لها إلّا طلقة واحدة. و للعامّة قول بأنّ له الألف مطلقاً «۴» لمساواة الواحدة الثلاث فى البينونة.

فإن ادّعى علمها بالحال و أنكرته قدّم قولها مع اليمين للأصل، و الظاهر، و كذا لو قالت: بذلتُ فى مقابلة طلقةٍ فى هذا النكاح و طلقتين فى نكاح آخر لذلك.

(١) فى ن، ط: لو.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۵۶.
(٣) المبسوط: ج ۴ ص ٣۵٢.
(۴) المجموع: ج ١٧ ص ۴٣ ۴۴.

و فى المبسوط: أنّهما يتحالفان و يسقط المسمّى، و يجب مهر المثل «١». و لعلّه نظر إلى أنّهما اختلفا فى العوضين، فهى تدّعى أنّ العوض ثلاثٌ، و هو أنّه واحدة، و هو يدّعى أنّ عوض ما أوقعه ألف، و هى أنّه ثلثها، فتعارضا.

و لو كانت على طلقتين فطلّقها اثنتين على وجه يصحّ مع قولها: «طلّقنى ثلاثاً» بألف فإن كان مع علمها بالحال استحقّ الجميع على قول الشيخ و الثلثين على المختار و إن كان مع جهلها استحقّ الثلثين على القولين.

و إن كانت على طلقتين، و قالت ذلك و طلّق واحدةً استحقّ الثلث مع جهلها على القولين و مع علمها الثلث أيضاً على المختار و النصف على قول الشيخ لأنّها بذلت الألف حينئذٍ فى تكملة الثلاث، و يحتمل على قوله أيضاً أن لا يستحقّ إلّا الثلث، لأنّ هذه

الطلقة لم يتعلّق بها من تحريم العقد شيء فلا فرق بينها و بين الاولى الواقعة قبل السؤال، فلا يجوز حمل كلامها على تكميل الثلاث، بمعنى الإتيان بالباقيتين، فإنّه إنّما حمل على التكميل فيما تقدّم لحصول البينونة، فإمّا أن يحمل على الثالثة حسبُ، أو على جملة الثلاث، لا يجوز الأوّل، لاقتضائه فساد الخلع للفصل فتعيّن الثانى، و هو يقتضى التقسيط كذلك.

و لو قالت: «طلّقنى عشراً بألفٍ» فطلّقها واحدةً فله عُشر الألف، فإن طلّقها ثانية فله خُمسها كما يقتضيه التوزيع فإن طلّقها ثالثة فالجميع «٢» لأنّه لا يملك أزيد منها و قد حصل بها مقصودها من البينونة.

و المحصّل أنّ حمل كلامها على البذل الصحيح يوجب حمل العشر على أقصى مالها من الطلقات، فإذا حصل الأقصى استحقّ المسمّى، و ظاهر تلفّظها بالعشر يوجب التوزيع، فما لم يحصل مقصودها اعتبر التوزيع على إشكال

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣٥٢.

(٢) فى قواعد الأحكام: فإن طلّق ثالثةً فله الجميع.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٢١٥

من ذلك. و من تصحيح أنّ البذل يوجب تنزيل العشر على الثلاث فعليها التوزيع، و الزائد لغو، فله الثلث بالواحدة و الثلثان بالثنتين.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١۴١۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌٨، ص: ٢١٥

و ممّا عرفته من جواز اعتبار التوزيع بالنسبة، و إن لم يملك الموزّع عليه، فله العشر بالواحدة و العشران بالثنتين و ثلاثة أعشار بالثلاث، و يقوى إذا زعمت أنّه يملك العشر.

و لو قالت: «طلّقنى ثلاثاً بألف» فقال: «أنت طالق واحدةً بألفٍ و ثنتين مجّاناً» فالأقرب أنّ الاولى لا تقع إلّا أن تجدّد القبول عقيبها لأنّه ما رضى بها إلّا بالألف «١» و هى ما قبلت إلّا بثلثها، و الثنتان بعدها لا تقعان إلّا أن يأتى بصيغة الطلاق الشرعى فتقع الثانية و أمّا بهذا اللفظ فكلّا.

و يحتمل أن يكون له بالأُولى ثلث الألف لصدور صريح الطلاق من أهله بعوض مع قبولها لثلاثة، لظهور التوزيع من كلامها، فصحّ الطلاق، و صحّ الثلث من العوض ليوافق الإيجاب و القبول عليه، و إذا جعلنا البذل جعالة، فهى قد جعلت على كلّ طلقة ثلث الألف و قد فعل.

و يحتمل بطلان الفدية لأنّها بذلتها على الثلاث، و لا تقع الثلاث عندنا إلّا برجعتين. و تخلّل الرجعة يوقع الفصل بين السؤال و الجواب، و هو يبطل الخلع. و لعدم توافق السؤال و الجواب.

و وقوع الأُولى رجعيّة لصدور صريح لفظ الطلاق من أهله، و الزيادة لغو. و فى الإيضاح: أنّه الّذى استقرّ عليه رأى المصنّف (رحمه اللّه) «٢».

و لو قال فى جوابها أنت طالق واحدة مجّاناً و اثنتين بثلثى الألف أو بالألف وقعت الأُولى رجعيّة و بطلت الثنتان لوجوه تعرفها.

و لو قالت: «طلّقنى نصف طلقةٍ بألف» أو «طلّق نصفى بألف» فطلّق بلفظ صحيح وقع رجعيّاً و إن قصد الفداء أو صرّح به و

فسدت

(۱) فى قواعد الأحكام: بألف.

(۲) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۳۹۴.

الفدية لأنّها بذلت على ما لا عبرة به شرعاً. و قد يحتمل ضعيفاً بطلان الطلاق إذا لم يقصده إلّا بالفدية، لما أنّه لم ينو ما يقع.

و لو قال أبوها: «طلّقها و أنت بري‌ء من صداقها» فطلّق صرّح بالبراءة أو لا صحّ الطلاق رجعيّاً و لم يبرأ من الصداق، لأنّها إن كانت رشيدة لم يملك أبوها التصرّف فى مالها بغير إذنها، و إلّا لم يصحّ، إذ لا حظّ لها فيه. كذا فى المبسوط «۱». و قد مضى الكلام فى مخالعة الولىّ.

و لا- يلزمها الإبراء إن كانت رشيدة، أو لا يلزمها ما فعله أبوها من الإبراء، إلّا إذا لم تكن رشيدة و قلنا بجواز مخالعة الولىّ و لا يضمنه الأب للأصل من غير معارض.

و لو كانت على طلقةٍ، فقالت: «طلّقنى ثلاثاً بألفٍ واحدةً فى هذا النكاح و اثنتين فى غيره» لم يصحّ فى الاثنتين لأنّه لا يملكهما فإذا طلّق الثالثة و هى الواحدة الباقية فى هذا النكاح، كما نصّ عليه فى التحرير «۲» استحقّ ثلث الألف.

[المطلب السادس فى بقايا مباحث الخلع و التنازع]

المطلب السادس فى بقايا مباحث الخلع و التنازع لو قال: «طلّق زوجتك و علىَّ ألف» لزمه الألف مع الطلاق لأنّه جعالة صحيحة شرعاً و لا- يقع الطلاق بائناً لما عرفت من أنّه ليس بخلع، لكن إن رجع الزوج فقيل: للباذل الرجوع، و هو يتمّ إن علم أو ظنّ أنّ غرضه الجعل على الإبانة، و لا يجوز له الرجوع فى البذل ما لم يرجع الزوج، و هو ظاهر.

أمّا لو قال: «خالعها على ألف فى ذمّتى» ففى الوقوع إشكال ممّا تقدّم فى بذل المتبرّع أو ضمانه. و احتمال أن يريد جعل ذلك له زيادة على الفدية التى تبذلها المرأة.

و لو اختلع بوكالتها ثمّ بان أنّه كاذب بطل الخلع، و لم يتوقّف على

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۶۰.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۵۹ س ۲۵.

الإجازة، لأنّ البذل فى النصوص إنّما أُضيف إليها، و إن تلفّظ بالطلاق توجّه وقوعه رجعيّاً على ما مرّ و لا ضمان إذ لم يقع الطلاق، للأصل من غير معارض، و يتّجه الضمان إذا وقع الطلاق و خصوصاً البائن، للغرور. و يحتمل ضمان مهر المثل لتفويته البضع عليه. و يضعّف بأنّ المطلّق هو المفوّت.

و لو كان المختلع أباها و هى صغيرة أو مجنونة صحّ بالولاية و قد مضى الكلام فيه، و أنّ الأجود العدم، و لا يصحّ بالوكالة لأنّها غير أهل للتوكيل.

و لو اختلفا فى أصل بذل العوض قدّم قولها مع اليمين، و حصلت البينونة من طرفه أخذاً بإقراره و لها المطالبة بحقوق العدّة. و لو

اتّفقا على ذكر القـدر و اختلفا فى الجنس فالقول قول المرأة وفاقاً للمبسوط «۱» و الجواهر «۲» و الشرائع «۳» و غيرها، قالوا: لأنّ الرجل يـدّعى، فعليه البيّنـة، و لعلّهم أرادوا أنّها هى الباذلـة، فكان القول قولها، فإنّها أعرف بما بـذلت، و إلّا فكلّ منهما مـدّعٍ من جهـة، منكر من اخرى، و عليها يمين جامعة لنفى ما يدّعيه و إثبات ما تدّعيه. و فى الجامع حكاية قولٍ بالتحالف «۴». و حكى فى المبسوط عن العامّة «۵» و هو أولى، فإذا تحالفا ثبت مهر المثل، إلّا أن يزيد على ما يدّعيه.

و لو اتّفقا على ذكر القـدر و إهمال الجنس و اختلفا فى الإرادة، قيل فى المبسوط يبطل «۶» «۷» و هو الأقوى، لأنّ قول كلّ منهما فى إرادته مسموع، فيظهر اختلاف المرادين. و قيل فى الشرائع يقدّم قولها «۸» و هو أقرب لأنّه ليس إلّا من الاختلاف فى الجنس. و للعامّة قول بالتحالف لذلك «۹» و هما

---

(۱) المبسوط: ج ۴ ص ۳۶۸.

(۲) جواهر الفقه: ص ۱۷۸ مسألة ۶۳۲.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۵۶.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۷۷.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ۳۶۸.

(۶) فى قواعد الأحكام: بطل.

(۷) المبسوط: ج ۴ ص ۳۴۹.

(۸) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۵۶.

(۹) المجموع: ج ۱۷ ص ۵۲.

يتّجهان إذا كانت الـدعوى فيما اتّفقت عليه الإرادتان، فيقول أحدهما: أردنا كذا، و الآخر أردنا كذا. و مبنى القول الأوّل على أن يقول أحدهما: أردت كذا، و الآخر أردت كذا، فلا اختلاف.

و لو اتّفقا على ذكر القدر و نيّة الجنس الواحد صحّ الخلع وفاقاً للشـيخ «۱» و المحقّق «۲» للأصل، و إطلاق النصوص، و خروجه عن مُحَوَّضة المعاوضة.

و لو قـالت: سألتـكَ ثلاث تطليقـاتٍ بـألف فأجبتَنى، فقال: بل سألتِ واحـدةً بالألف فأجبتكِ فقـد اتّفقا على الألف و تنازعا فى مقدار المعوَّض فيقدّم قولها فى جعل الألف فى مقابلة الثلاث لأنّه فعلها، و لأنّ الأصل عدم استحقاقه لها بواحدة.

فإن أقام شاهـداً واحـداً حلف معه و أخـذ الألف لأنّ قصـده إثبات المال و يكفى فيه شاهد و يمين و يقدّم قوله فى عدد الطلاق للأصل، و لأنّه فِعْله.

فإن أقامت المرأة شاهـداً واحـداً على عـدده الّذى تدّعيه لم تحلف معه لأنّها لا تُثبت المال و لم تقبل شـهادته و إذا لم تكن لهما بيّنـة تحالفا و ثبت ثلث الألف، لأنّها تحلف أنّها لم تبـذل الألف بطلقـة، و هو يحلف أنّه لم يطلّق غير طلقـة، و قال الشافعيّة: ثبت مهر المثل «۳».

و فيه أنّهمـا اتّفقـا على اسـتحقاقه الأـلف و وقوع معوّضـها، و إنّمـا اختلفـا فى قـدر المعوّض، و إنّمـا يظهر أثر الخلاـف فى جواز مراجعته إيّاها إذا رجعت فى البذل و عدمه، فينبغى أن لا يعتبر إلّا قوله فيحلف، و يرجع إليها إن رجعت، و لا معنى لأخذه الألف بشاهد و يمين، لأنّ المال ثابت لا يفتقر إلى الإثبات، و لا لثبوت الثلث، أو مهر المثل بالتحالف، لاتّفاقهما على استحقاقه الألف و

صحّة البذل و ما أوقعه من الخلع.

---

(۱) راجع المبسوط: ج ۴ ص ۳۶۸.

(۲) راجع شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۵۶.

(۳) الامّ: ج ۵ ص ۲۰۷.

و لو ادّعى عليها الاختلاع فأنكرت، و قالت: اختلعنى أجنبىّ صحيحاً أو فاسداً قدّم قولها مع اليمين فى نفى العوض عنها، للأصل و بانت بقوله بمعنى أخذه بإقراره، فلا يكون لها مراجعتها.

إلّا أن يقال: إنّ إنكارها البذل رجوع فيه، و لها ما للرجعيّات، و عليها ما عليهنّ ما دامت فى العدّة إن ادّعى إيقاع الطلاق عليها بلفظه أو بلفظ الخلع إن كان طلاقاً.

و لا شي‌ء له على الأجنبىّ؛ لاعترافه بأنّه لم يبذل.

و كذا لو قال: خالعتكِ على ألف فى ذمّتكِ، فقالت: بل فى ذمّة زيد فى أنّ القول قولها فى نفى العوض و حصول البينونة، لكن البينونة هنا حاصلة بالنسبة إليهما إن صحّ الاختلاع على ذمّة الغير، و إن ادّعت الكون على ذمّة الغير على وجه يفسد به الخلع توجّه أنّ القول قوله، لأنّها تدّعى الفساد. و أطلق القاضى: أنّ القول قوله، لأنّ الأصل فى عوض الخلع ثبوته فى ذمّتها «۱».

أمّا لو قالت: «خالعتک بكذا و ضمنه عنّى فلان، أو يزنه عنّى» لزمها الألف ما لم تكن لها بيّنة على ضمانه عنها، لأنّها أقرّت بها و ادّعت الضمان.

و لو اتّفقا على ذكر القدر و اختلفا فى ذكر الجنس بأن ادّعى ألف درهم فقالت: «بل ألفاً مطلقاً» فإن صدّقته فى قصد الدراهم فلا بحث لما عرفت من أنّ القصد كالذكر و إلّا قدّم قولها لأصالة البراءة و بطل الخلع و يحتمل تقديم قوله، لأصالة الصحّة، و مبنى الوجهين كون الخلع عقداً، أو إيقاعاً و جعالة.

و لو قال: «خالعتكِ على ألف فى ذمّتكِ» فقالت: «بل على ألف لى فى ذمّة زيد» قدّم قولها لأنّ البذل فعلها. و لأصالة البراءة مع اتّفاقهما على الصحّة.

و لو قال: خالعتكِ على ألفٍ لكِ فى ذمّة زيدٍ و صدّقته عليه فظهر براءة ذمّته لزمها الألف لكونها أولى بلزوم العوض من العين التالفة قبل

---

(۱) راجع المهذّب: ج ۲ ص ۲۶۹.

القبض، لعدم التعيّن، بل التقييد بكونها فى ذمّة زيد ممّا لا يزيدها فى نفسها أو صفتها خصوصيّة، و إنّما هو بمنزلة أن تقول: إنّى آخذها من زيد و أُسلّمكها، أو أنّ زيداً وكيل فى تسليمها إليک.

و كذا لو خالعها على ألفٍ فى منزلها فلم يكن فيه شي‌ء فإنّ الكون فى مكان مخصوص لا يعيّن الألف و إن كان أقوى تقييداً بما فى ذمّة زيد، و ليس التقييد به إلّا بمنزلة أن تقول: أرفعها من المنزل و أُسلّمها إليک، أو صر إلى المنزل و اقبضها.

و يصحّ التوكيل فى الخلع من كلّ منهما من الرجل فى شرط العوض عليها و قبضه و إيقاع الطلاق أى الخلع إن كان طلاقاً، و إلّا فإنّما هو شرط العوض إن اشترط بالتعقيب بالطلاق، فالمراد إيقاع الطلاق بعد لفظ الخلع الّذى هو شرط العوض، أو فسخ إن لم

يشترط. و يمكن تعميم الطلاق له، يعنى أنّ كلّا من جزئى الإيجاب الّذى هو إيقاع الطلاق و شرط العوض قابل للتوكيل، و كذا ما يستلزمه وقوع الخلع من القبض.

و من المرأة فى استدعاء الطلاق أى الإبانة و تقدير العوض و تسليمه أى كلّ من الثلاثة قابل للتوكيل.

و يصحّ التوكيل من كلٍّ منهما مطلقاً كما فى غيره من العقود و يقتضى ذلك أى الإطلاق من أيٍّ منهما كان مهر المثل كما يقتضى فى البيع مثلًا ثمن المثل، لأنّه المتبادر من الإطلاق، لكونه المحكَّم.

فإذا أطلقت المرأة اقتضى الخلع بمهر المثل حالّا بنقد البلد بمعنى جواز ذلك للوكيل فإن خالع بدونه أو مؤجّلًا أو بأدون من نقد البلد صحّ لأنّه زاد خيراً، و تعلّق غرضها فى النادر بتمام مهر المثل، أو الحلول، أو بنقد البلد لا يدفع جواز ذلك مع الإطلاق، فإنّ الإطلاق ينصرف إلى الغالب.

و إن زاد فالأقرب بطلان الخلع وفاقاً للمحقّق «١» لفعله غير ما وكّل فيه،

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٥۶.

و قد عرفت عدم وقوع الفضولى منه. و فى المبسوط «١» الانصراف إلى مهر المثل، لأنّ الفاسد بعض العوض. و يتّجه عليه أن يتخيّر الزوج فى الرجوع و إن لم ترجع فى البذل، إذ لم يرضَ حين الإيقاع إلّا بالزائد. و للعامّة قول بأنّه فضولىّ موقوف على إجازتها، فإن أجازت ثبت المسمّى، و إلّا مهر المثل «٢».

و لو كان التوكيل فى استدعاء الطلاق بعوض و أطلق فاستدعاه الوكيل بأزيد من مهر المثل، و فعل الزوج أو كان التوكيل ليُتبعه أى الخلع بالطلاق و فى كثير من النسخ «أو أتبعه» أى الزوج الخلع بالطلاق و إن لم يستدعه الوكيل قيل فى الشرائع «٣» وقع الطلاق، لصدور صريحه من أهله رجعيّاً لفساد البذل و لا فدية لفسادها و لا يضمن الوكيل للأصل، و لأنّه ضمان ما لم يجب. و كلٌّ من وقوع الطلاق، و انتفاء الفدية، و الضمان فيه نظر.

فالأوّل: لأنّه و إن صدر صريح لفظه من أهله، لكن لم يقصد إلّا إلى إيقاعه بعوض فيحتمل البطلان إذا فسد العوض خصوصاً و ليس إلّا الخلع على المختار و قد حكم بفساده.

و الثانى: لاحتمال الانصراف إلى مهر المثل كما قاله الشيخ «۴» بل تمام الفدية كما يظهر الآن.

و الثالث: لأنّه غرّه و فوّت عليه البُضع، فلا أقلّ من ضمانه الزائد على مهر المثل و مهر المثل على الزوجة، و إذا لم يُضِف الاستدعاء و العوض إليها و قلنا بصحّة بذل الأجنبىّ قوى الضمان، كما فى المبسوط «۵» إلّا أن يدّعى أنّ الظاهر الوكالة، لكون الأصل و الغالب فى الافتداء الزوجة.

و كذا البحث لو عيّنت له قدراً فخالع عليه، أو دونه، أو أكثر لكنّ

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶٨.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٣۵.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۵۶.

(۴) انظر المبسوط: ج ۴ ص ٣۶٩.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶۵.

الشيخ هنا قوّى البطلان فى الأكثر «١» و لم يصرفه إلى المسمّى، و لا أعرف الفارق. و للعامّة قولٌ بالانصراف إلى مهر المثل، و آخر بالانصراف إلى الأكثر من المسمّى و مهر المثل «٢».

أمّا لو خالع على شي‌ءٍ من مالها و ضمن، فإنّ الضمان عليه إذا لم ترضَ، و يصحّ الخلع كما فى المبسوط «٣» و قد عرفت الكلام فى ضمان المتبرّع.

و لو بذلت أو بذل الوكيل خمراً أو خنزيراً فسد البذل مع إسلام أحدهما عندنا. و للعامّة قول بالانصراف إلى مهر المثل «۴» و صحّ الطلاق رجعيّاً إن أتبع به مع ما عرفت من احتمال البطلان.

و لو أطلق الزوج لوكيله فطلّق أى أبان بمهر المثل حالّا من نقد البلد صحّ، و كذا إن كان أكثر أو أجود نقداً. و لو كان دون مهر المثل، أو مؤجّلًا أو أدون من نقد البلد بطل الخلع عند الشيخ «۵» أيضاً. و للعامّة قول بالانصراف إلى مهر المثل، و آخر باختيار الزوج، فإن ردّ كانت له الرجعة «۶».

و كذا يبطل من أصله إن كان الموكّل فيه أو الموقع أو الخلع طلاقاً أو أتبع الخلع به أى بالطلاق. و يتّجه على قول المحقّق أن يقع الطلاق، و يفسد الفدية «٧».

و كذا لو عيّن له قدراً فطلّق أو خالع بأقلّ منه أو أدون بلا خلاف كما فى المبسوط «٨» لأنّه أوقع طلاقاً غير مأذون فيه. و كذا إن خالعها أو طلّقها على نحو الخمر و أحدهما مسلم، لذلك.

و لو قال له: «طلّقها يوم الخميس» فطلّق يوم الجمعة فالأقرب البطلان لأنّه إيقاع ما لم يؤذن فيه، و كثيراً ما يتعلّق غرضه بالوقوع فى الخميس،

---

(١) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶٨.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣.

(٣) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶٨ ٣۶٩.

(۴) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣.

(۵) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶٩.

(۶) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣.

(٧) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۵۶.

(٨) المبسوط: ج ۴ ص ٣۶٩.

للتفاوت به فى العدّة و النفقة، بل هذا التوكيل بمنزلة العزل فى الجمعة. و يحتمل الصحّة ضعيفاً من أنّ الإذن فى الشي‌ء إذن فى آثاره، و أثر الطلاق فى الخميس يبقى إلى الجمعة و ما بعدها، فكأنّه أتى ببعض المأذون فيه دون بعض.

و لو طلّقها يوم الأربعاء بطل قطعاً، لانتفاء هذا الاحتمال الضعيف فيه.

و إذا خالعها أو بارأها ثبت له العوض المسمّى، و لم يسقط ما لكلّ واحدٍ منهما فرض من حقّ غير العوض لا ماضٍ و لا مستقبل، سواء كان الحقّ من جهة النكاح كالصداق و غيره أو من غير جهته سوى النفقة المستقبلة إلّا أن تكون حاملًا و كانت النفقة للحمل ما لم ترجع فى العوض، ففى استحقاق النفقة حينئذٍ إشكال تقدّم فى الطلاق، و استقرب هناك الوجوب مع العلم

بالرجوع.

و لو خالعها على نفقة عدّتها سواء تلفّظ بلفظ العدّة أم خالعها على نفقة أيّام آتية تكون عدّة إذا تمّ الخلع لم يصحّ، لاستلزام الثبوت النفى أى ثبوت النفقة نفيها، و ثبوت الخلع نفيه، فإنّ نفقة العدّة لمّا جعلت عوض الخلع لزم ثبوتها، إذ لا يصحّ بذل ما لم يثبت، و لمّا استدعت الخلع لزم نفيها، إذ لا نفقة للمختلعة، و يلزم من ذلك لزوم نفى الخلع من ثبوته.

و إن كانت حاملًا لم يصحّ أيضاً لتجدّد استحقاق نفقة كلّ يوم فيه و احتمالها للزوال كلّ يوم، فهو خلع على ما لم يثبت، و لم يعلم ثبوته قطعاً. أو المراد لاستلزام الثبوت النفى و إن كانت حاملًا، لأنّ النفقة ليست ممّا يثبت استحقاقها جملة، بل يتجدّد كلّ يوم فى يومه، فإن اكتفى فى صحّة الكون عوضاً بمثل هذا الاستحقاق، لزم أن يثبت كلّ يوم ليصحّ عوضاً، فينتفى للافتداء بها.

و لو خالعها على نفقةٍ ماضيةٍ صحّ مع علمها جنساً و قدراً، و لو قالت: بِعْنى عبدك و طلّقنى بألفٍ ففعل صحّ كلّ من البيع و الطلاق. خلافاً

لبعض العامّة، فأبطل البيع، و جعل الألف فى الخلع، و أفسد البذل، و جعل عليها مهر المثل «١».

و على المختار بسطت الألف على مهر المثل و قيمته بالنسبة، حتّى إذا انفسخ أو فسد أحدهما، سقط عنها من الألف بتلك النسبة إن لم يسر الفساد إلى الآخر.

و لو خالعها قبل الدخول بنصف مهرها فلا شيء له عليها إذا لم يقبضه لأنّه طلاق قبل الدخول و هو مُنصّف و لم يقبضه، فقد افتدت بما عليه من المهر.

و لو خالعها بالجميع قبل الدخول لزمها دفع النصف و إن لم تكن قبضَتْه لأنّها افتدت بضعف ما عليه. و قد تقدّم فى النكاح احتمال أن لا يكون عليها شيء.

[المطلب السابع فى المبارأة]

المطلب السابع فى المبارأة و هى قسم من الخلع، خصّه الفقهاء باسمها، و القسم الآخر باسم الخلع.

و صيغتها «بارأتكِ على كذا فأنتِ طالق» و لو قال عوض بارأتكِ: «فاسختك» أو «ابنتُكِ» أو «بتُّكِ» أو غير ذلك من الكنايات صحّ، لأنّ الاعتبار إنّما هو بصيغة الطلاق و هى العلّة فى البينونة و هذه الألفاظ إنّما هى لقبول ما بذلته، أو استدعاء البذل.

و لو حذف هذه الألفاظ و اقتصر على قوله: أنت و فى بعض النسخ: فأنت، على أن يكون جواباً لاستدعائها طالق على كذا، أو بكذا صحّ و كان مباراةً، إذ موضوعها «٢» الطلاق بعوض و الآية إنّما تضمّنت الافتداء فى الطلاق.

و يشترط فيها ما شُرط فى الخلع: من بلوغ الزوج و عقله و قصده

---

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ١٩٥.

(٢) فى ن، ق: موضعها.

و اختياره، و كذا المرأة و يزيد أن لا تكون سفيهة، و حكم وليّهما ما تقدّم و أن تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع إذا «١» كانت مدخولًا بها غير يائسةٍ و لا حامل و لا صغيرة إن جوّزنا مباراة الولىّ عنها و كان الزوج حاضراً لكونها طلاقاً. و للأخبار فعن

زرارة و محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السّلام): لا مباراة إلّا على طهر من غير جماع بشهود «٢». و فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجّاج سأل الصادق (عليه السّلام) هل يكون خلع أو مباراة إلّا بطهر؟ فقال: لا يكون إلّا بطهر «٣». إلى غير ذلك من الأخبار. و قد سمعت عبارة سلّار «۴».

و أن تكون الكراهية من كلّ منهما لصاحبه فهو الفارق بينها و بين الخلع، فسأل سماعةُ الصادق و الكاظم (عليهما السّلام) «۵» عن المبارأة كيف هى؟ قال يكون للمرأة على زوجها شىء من صداقها، أو من غيره، و يكون قد أعطاها بعضه، و يكره كلّ واحد منهما صاحبه، فتقول المرأة: ما أخذت منك فهو لى، و ما بقى عليك فهو لك و أُبارئك، فيقول لها الرجل: فإن أنتِ رجعتِ فى شىء ممّا تركتِ فأنا أحقّ ببضعكِ «۶». فعليه يحمل حسن محمّد بن مسلم: سأل الصادق (عليه السّلام) عن امرأة قالت لزوجها: لكَ كذا و كذا و خلّ سبيلى. فقال: هذه المبارئة «٧».

أو يقال: تخصيص المبارأة بما ذكره اصطلاح جديد، فما فى الخبر مرادف للخلع.

و أن تكون الفدية بقدر المهر أو أقلّ، فتحرم عليه الزيادة، بخلاف الخلع أمّا حرمة الزيادة فلا خلاف فيه، و أمّا إباحة قدره فعليه المعظم. و يؤيّده

(١) فى قواعد الأحكام: إن.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٩٨ ب ۶ من أبواب الخلع و المباراة ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٩۶ ب ۶ من أبواب الخلع و المباراة ح ١.

(۴) المراسم: ص ١۶٢.

(۵) فى وسائل الشيعة بدل «فسأل سماعة الصادق و الكاظم (عليهما السّلام)»: عن سماعة قال: سألته.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠٠ ب ٨ من أبواب الخلع و المباراة ح ٣.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٩۴ ب ۴ من أبواب الخلع و المباراة ح ٣.

عموم الكتاب. و قول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح أبى بصير: فلا يحلّ لزوجها أن يأخذ منها إلّا المهر، فما دونه «١».

و لم يبح الشيخ «٢» و الحسن «٣» و الصدوقان «۴» و ابن حمزة «۵» إلّا الأقلّ، لما تقدّم من خبر سماعة عن الصادق و الكاظم (عليهما السّلام) «۶». و لقول الباقر (عليه السّلام) فى حسن زرارة: المبارئة يؤخذ منها دون الصداق، و المختَلَعة يؤخذ منها ما شئت، أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، و إنّما صارت المبارئة يؤخذ منها دون المهر، و المختَلَعة يؤخذ منها ما شاء، لأنّ المختلعة تعتدى فى الكلام و تكلّم بما لا يحلّ لها «٧». و ما فى خبر عثمان بن عيسى عن سماعة من قوله: و ليس له أن يأخذ من المبارئة كلَّ الّذى أعطاها «٨».

و حكى عليه الإجماع فى الخلاف «٩» و الأوّل أقوى، و إن كان الثانى أحوط، و تحمل هذه الأخبار على الفضل.

و إتباعها بلفظ الطلاق إجماعاً كما فى المبسوط «١٠» و الغنية «١١» و الشرائع «١٢» و الاستبصار «١٣» و السرائر «١۴». و قول الباقر (عليه السّلام) فى خبر حمران: المبارئة تبين من ساعتها من غير طلاق «١۵». و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر جميل بن

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠١ ب ٨ من أبواب الخلع و المباراة ح ۴.

(٢) المبسوط: ج ۴ ص ٣٧٣.

(٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٠٠.

(٤) المقنع: ص ٣٤٩.

(۵) الوسيلة: ص ٣٣٢.

(۶) راجع: ص ٢٢۵.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٩۴ ب ۴ من أبواب الخلع و المباراة ح ١.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۴٩۴ ب ۴ من أبواب الخلع و المباراة ح ۴.

(٩) الخلاف: ج ۴ ص ۴۴٠ مسألة ٢۴.

(١٠) المبسوط: ج ۴ ص ٣٧٣.

(١١) غُنية النُّزوع: ص ٣٧۵.

(١٢) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۵٨.

(١٣) الاستبصار: ج ٣ ص ٣١٩ ذيل حديث ١١٣٧.

(١۴) السرائر: ج ٢ ص ٧٢٣.

(١۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠١ ب ٩ من أبواب الخلع و المباراة ح ٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٢٢٧

درّاج: المبارأة تكون من غير أن يتبعها الطلاق «١» يحملان على التقيّة، و إن لم يذهب العامّة إلى إفراز قسم يسمّى المبارأة، فلا شكّ أنّهم يُوقعون الطلاق بلفظها، لكونه من كناياته. أو الأوّل على أنّها تبين من غير طلاق آخر أى لا يتوقّف بينونتها على كمال الثلاث. و الثانى على مثل ذلك بأن تكون المبارأة بمعنى البينونة فالمعنى: أنّ البينونة تحصل من غير أن يتبع المبارأة طلاق، و هو إنّما ينفى الطلاق بعد المبارأة، و المباراة عندنا تشتمل على الطلاق، فلا يفيد إلّا أنّه لا حاجة فى البينونة إلى طلاق آخر، و لهذا يظهر لك أنّهما إنّما يدلّان على الاستغناء عن الطلاق بعد إيقاع المبارأة. و لا ينافى ذلك الافتقار فى عقد المبارأة إلى الطلاق بوجهٍ.

و احتمل الشيخ: أن يكون الثانى بمعنى أنّ المبارأة إنّما هى البذل منها و القبول منه، و هو يحصل قبل التلفّظ بالطلاق و إن لم يزل النكاح «٢» إلّا إذا اتبع بالطلاق. و فى النافع إشارة إلى الخلاف، لنسبته إلى الأكثر «٣». و لم نظفر بالمخالف. و يظهر التردّد من الجامع، لاقتصاره على ذكر الخبرين، و ما ذكره الشيخ من الاتّفاق على الإتباع بالطلاق «۴».

و فى الخلع خلاف عرفته و يقع الطلاق فيها بائناً ما لم ترجع فى الفدية فى العدّة و إن لم يرد الزوج الرجوع فى المشهور. و يشترط إرادته عند ابن حمزة «۵» كما فى الخلع. و الأولى اشتراطه الرجوع عليها إذا رجعت. للأخبار كقول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح الحلبى: المبارأة أن تقول المرأة لزوجها: لك ما عليك و اتركنى فتركها، إلّا أن يقول لها: فإن ارتجعت فى شى‌ء منه فأنا أملك ببضعك «۶».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠٢ ب ۶ من أبواب الخلع و المباراة ح ۴.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٠٢ ذيل حديث ٣۴۶.

(٣) مختصر النافع: ص ٢٠۴.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴٧٨ و المبسوط: ج ۴ ص ٣٧٣.

(۵) الوسيلة: ص ۲۳۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۰ ب ۸ من أبواب الخلع و المباراة ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۲۲۸

و ليس للرجل عليها رجعة ما لم ترجع فإن رجعت فى العدّة كان له الرجوع و لعلّه صرّح بذلك مع فهمه من الجملة المتقدّمة، لدفع ما قد يتوهّم من أنّه لمّا كانت الكراهة هنا مشتركة أمكن أن يكون لكلّ منهما الرجوع قبل رجوع الآخر.

و مباحث الرجوع هنا كالخلع، فإذا خرجت العدّة و لم ترجع، أو كانت الطلقة ثالثةً، أو لا عدّة فيها كأن كانت صغيرة أو يائسة لم يكن لها الرجوع. و جميع مباحث الخلع آتية هنا.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۲۲۹

[الباب الثالث فى الظهار]

اشارة

الباب الثالث فى الظهار و فيه مقصدان و اشتقاقه من الظهر، لتشبيههم الزوجة بالمركوب للركوب على الظهر، أو من ظهر عليه مُلكه.

و فيه مقصدان:

[المقصد الأوّل فى أركانه، و فيه أربعة أركان]

اشارة

الأوّل فى أركانه، و هى أربعة

[الركن الأوّل: فى الصيغة]

و هى: أنتِ علىَّ كظهر أُمّى مثلًا أو هذه، أو زوجتى إن لم يكن له إلّا زوجة، أو عيّنها بالنيّة، أو لم نشترط التعيين أو فلانة.

و بالجملة كلّ لفظٍ أو إشارةٍ تدلّ على تميّزها من غيرها. و لا اعتبار باختلاف ألفاظ الصفات «۱» مثل: أنت منّى، أو عندى، أو معى وفاقاً للشيخ «۲» و المحقّق «۳» للأصل، و الاحتياط، و عموم النصوص «۴».

و يشكل بأنّ المذكور فى الأخبار بلفظ: «علىَّ» و كذا فسّر فى اللغة و التفاسير مع أصالة البراءة.

و لو حذف حرف الصلة، فقال: أنت كظهر أُمّى وقع لمثل ذلك. و فيه

---

(۱) فى بعض النسخ: الصلات.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۹.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۶۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۶ ب ۱ من كتاب الظهار.

ما عرفت. و استشكل فيه فى التحرير «١» لأنّه بدون الصلة يحتمل أن يراد أنّها كظهر امّه على غيره.

و لو حذف لفظة الظهر، و قال: أنت [علىّ] كأُمّى، أو مثل أُمّى. فإن نوى الكرامة و التعظيم، أو أنّها كأُمّه فى الكبر، أو «٢» الصفة لم يكن شيئاً اتّفاقاً و إن قصد الظهار قيل فى المبسوط وقع «٣» لعدم اعتبار لفظ الظهر، لما سيأتى من وقوعه بالتشبيه بالشعر و نحوه، و سيأتى ضعفه. و للأصل، و الاحتياط.

و فيه إشكال من ذلك. و من الأصل و الخروج عن مفهوم اللفظ، و هو خيرة أبى علىّ «۴».

و لو قال: جُملتكِ أو ذاتكِ أو نفسكِ أو بدنكِ أو جسمكِ أو كلّكِ علىَّ كظهر أُمّى وقع لعدم الخروج عن مفهوم الظهار. و للأصل و الاحتياط.

و لو قال: أنت أُمّى، أو زوجتى أُمّى، فهو كقوله: أنتِ كأُمّى فإنّ من البيّن إرادة التشبيه.

و لو قال: أُمّى امرأتى، أو أُمّى مثل امرأتى لم يكن شيئاً فإنَّ إرادة تشبيه الزوجة بها فى الحرمة من مثل هذه العبارة ممّا لا يساعده الوضع، و إن جازت إرادته بتكلّف، فيكون من الكنايات الخفيّة.

و لو شبّه عضواً من امرأته بظهر امّه، فالأقرب عدم الوقوع للأصل. و مخالفة المعهود، و لعدم اختصاص التحريم بجزء منها دون جزء. خلافاً للمبسوط «۵» و الوسيلة «۶» بناءً على أنّ حرمة العضو إنّما يتصوّر إذا حرم الكلّ مع الإتيان بلفظ الظهر، فهو أولى بالوقوع من المسألة الآتية، و ذلك كأن يقول:

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶١ س ٩.

(٢) فى قواعد الأحكام بدل «أو»: و.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ١۴٩.

(۴) حكاه عنه فى تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶١ س ١٣.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ١۴٩.

(۶) الوسيلة: ص ٣٣۴.

يَدكِ علىَّ كظهر أُمّى، أو فرجكِ، أو ظهركِ، أو بطنكِ أو رأسكِ أو جلدكِ و للعامّة «١» قول بالوقوع بتشبيه ما يعبّر به عن الكلّ من الأعضاء كالرأس و العنق دون غيره. و كذا لا يقع بتشبيه الجزء المشاع كالنصف و الثلث لذلك، خلافاً للوسيلة «٢».

و لو عكس فقال: «أنتِ علىَّ كيَدِ أُمّى» أو شعرها، أو بطنها، أو فرجها فالأقرب عدم الوقوع أيضاً وفاقاً للمرتضى «٣» و بنى زهرة «۴» و إدريس «۵» و شهرآشوب و ظاهر الأكثر. للأصل، و ظاهر اللفظ و الأخبار و الإجماع كما ادّعوه. و خلافاً لإبراهيم بن هاشم، و الشيخ «۶» و ابنى حمزة «٧» و البرّاج «٨» للإجماع كما ادّعى فى الخلاف «٩» و الاحتياط. و قول الصادق (عليه السّلام) فى مرسل يونس: المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال: هى عليه كظهر امّه، أو كَيدِها، أو كرِجلها، أو كشعرها، أو كشىء منها ينوى بذلك التحريم، فقد لزمه الكفّارة فى كلّ قليل منها أو كثير «١٠». و هو ضعيف بالجهل و الإرسال.

و خبر سدير سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يقول لامرأته: أنت علىَّ كشعر أُمّى، أو ككفّها، أو كبطنها، أو كرجلها، قال: ما عنى [به]؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار «١١». و هو ضعيف سنداً و دلالة، لجواز رجوع الضمير فى قوله (عليه السّلام): «فهو الظهار» إلى الظهار، فيكون كلامه إنكاراً لوقوع الظهار، أى إن عنى به الظهار فليس بشىء، لأنّه الظهار، و هو مشتقّ من الظهر،

فلا مدخل لغيره فيه.

و كذا لا يقع لو قال: كروح أُمّى، أو نفسها، فإنّ الروح ليست محلّا

(۱) انظر المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۶۴.

(۲) الوسيلة: ص ۳۳۴.

(۳) الانتصار: ص ۱۴۲.

(۴) غُنية النُّزوع: ص ۳۶۶.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۷۰۹.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۹.

(۷) الوسيلة: ص ۳۳۴.

(۸) المهذّب: ج ۲ ص ۲۹۸.

(۹) الخلاف: ج ۴ ص ۵۳۰ مسألة ۹.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۹ من كتاب الظهار ح ۱.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۹ من كتاب الظهار ح ۲.

للاستمتاع فهى أولى بالفساد من الأعضاء، و النفس مشتركة بين الذات و الناطقة، و لا استمتاع بالناطقة.

و لو قال: «أنتِ علىَّ حرام» فليس بظهار و إن نواه للأصل، و الخروج عن اللفظ و النصوص، و للأخبار كخبر زرارة، سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل قال لامرأته: أنتِ علىَّ حرام، فقال: لو كان لى عليه سلطان لأوجعت رأسه، و قلت: اللّه أحلّها لك فما حرّمها عليك؟ إنّه لم يزد على أن كذب، فزعم أنّ ما أحلّ اللّه له حرام، و لا يدخل عليه طلاق و لا كفّارة. فقال زرارة: قول اللّه عزّ و جلّ: «يٰا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مٰا أَحَلَّ اللّٰهُ لَكَ» فجعل فيه الكفّارة، فقال: إنّما حرم عليه جاريته مارية، و حلف أن لا يقربها، فإنّما جعل عليه الكفّارة فى الحلف و لم يجعل عليه فى التحريم «۱».

و كذا لو قال أنت علىَّ حرام كظهر أُمّى وفاقاً للشيخ «۲» على إشكال: من الأصل، و مخالفة الغالب، و ما فى الأخبار «۳» من لفظه، و ادّعى الإجماع عليه فى الخلاف «۴» و المبسوط «۵».

و من صحيح زرارة سأل الباقر (عليه السّلام) عن الظهار، فقال: هو من كلّ ذى محرم أُمّ أو أُخت أو عمّة أو خالة، و لا يكون الظهار فى يمين، قال: و كيف يكون؟ قال: يقول لامرأته و هى طاهر فى غير جماع: أنت علىَّ حرام مثل ظهر أُمّى أو أُختى، و هو يريد بذلك الظهار «۶».

و ما فى خبر حمران عن الباقر (عليه السّلام) فى سبب نزول الآية من أنّ الرجل قال لها: أنتِ علىَّ حرام كظهر أُمّى، إلى قوله (عليه السّلام) لمّا قال الرجل الأوّل لامرأته: أنت

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۲ ب ۱۵ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ۲.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۵۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۹ من كتاب الظهار.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۵۳۳ مسألة ۱۶.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ۱۵۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۱ ب ۹ من كتاب الظهار ح ۱.

عليَّ حرام كظهر أُمّى، قال: فمن قالها بعد ما عفا اللّه و غفر للرجل الأوّل فإنّ عليه تحرير رقبة «۱». و لأنّه إنّما زاد تصريحاً بالمراد، و هو اختيار التحرير «۲» و المختلف «۳».

و أمّا لو قال: «أنتِ عليَّ كظهر أُمّى حرام» أو «أنت حرام أنت كظهر أُمّى» أو «أنت طالق أنت كظهر أُمّى» للرجعيّة، أو «أنت كظهر أُمّى طالق» وقع من غير إشكال إذا قصده، لإتيانه بالصيغة كاملة من غير تخلّل شيء، و غاية ما زاده أن يكون لغواً، و لا بدّ من أن يقصد ب «حرام» في الاولى، و «طالق» في الأخيرة كونه خبراً ثانياً، لئلّا يبقى إشكال، و وقوع الظهار بالمطلّقة رجعيّاً ممّا صرّح به في المبسوط «۴» و غيره، و نفى عنه الخلاف فيه، و يدلّ عليه أنّها من نسائه فيعمّها النصوص «۵».

و لو قال: «أنت طالق كظهر أُمّى» وقع الطلاق إذا قصده، لصدور صيغته صحيحة و لَغا الظهار لنقصان صيغته و إن قصدهما.

و قيل في المبسوط «۶» إن قصدهما و الطلاق رجعيّ وقعا و كان قوله: «كظهر أُمّى» خبراً ثانياً فكأنّه قال: «أنتِ طالق، أنتِ كظهر أُمّى» و فيه نظر: فإنّ النيّة غير كافيةٍ في العقود و الإيقاعات من دون الصيغة و الصيغة هنا إمّا ناقصة أو مفصولة، فلا تجدى النيّة.

و يقعان معاً لو قال: «أنتِ كظهر أُمّى طالق» فقصدهما على إشكال من الإشكال في لزوم ذكر الزوجة صريحاً في الطلاق من غير فصل، لما مرّ من احتمال الوقوع بنحو «نعم» و «يا طالق».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۶ ب ۱ من كتاب الظهار ح ۳.

(۲) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶۱ س ۱۸.

(۳) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۲۵.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۷.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۱۰ من كتاب الظهار.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۱۵۱.

و المراد من العبارة، إمّا الفرق بين الصيغتين عنده، لورود الرخصة في الطلاق بلفظ «نعم» في بعض الأخبار كما مرّ بخلاف الظهار، فالصيغة الثانية أقرب إلى الوقوع.

أو الفرق بينهما من جهة الاستشكال في الاولى من جهة أُخرى من التردّد في وقوع الظهار بالمطلّقة. أو لا فرق بينهما عنده، و إنّما فرّق بينهما لتنصيص الشيخ على الاولى دون الثانية، فكأنّه قال: إن عبّر بالصيغة الأُولى فقال الشيخ: يقعان بها. و هو عندى مشكل. و إن عبّر بالثانية ففيه الإشكال أيضاً.

و لو قال: «أنا مظاهر» أو «عليَّ الظهار» لم يصحّ و إن نوى إنشاءه، للأصل. و الخروج عن الصيغة المعهودة في العرف و الأخبار «۱».

و لو ظاهر من واحدة ثمّ قال لأُخرى: «أشركتكِ معها» أو «أنت شريكتها» أو «كهى» لم يقع بالثانية ظهار سواء نوى به الظهار أو أطلق عندنا، لمثل ذلك. و للعامّة قول بالوقوع إذا نوى «۲».

[الركن الثانی: فی المظاهر]

الركن الثانی: المظاهر و يشترط بلوغه و رشده و اختياره و قصده، فلا يقع ظهار الصبیّ و إن كان مميّزاً، و لا المجنون المطبق، و لا من يناله الجنون أدواراً إلّا وقت صحّته، و لا المكره مع عدم القصد و لا فاقداً لقصد غيره كالسكران و المغمی عليه و الغضبان غضباً يرفع قصده، و النائم و الساهی و العابث به فإنّما الأعمال بالنيّات. و قال الباقر (عليه السّلام): لا يكون ظهار فی يمين، و لا فی إضرار، و لا فی غضب «٣». و قال الصادق (عليه السّلام): لا طلاق إلّا ما أُريد به الطلاق، و لا ظهار إلّا ما أُريد به الظهار «۴». و سئل عن الظهار الواجب، فقال: الّذی يريد به الرجل الظهار

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠۶ ب ١ من كتاب الظهار.

(٢) المغنی لابن قدامة: ج ٨ ص ۵٨٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠٩ ب ٢ من كتاب الظهار ح ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵١٠ ب ٣ من كتاب الظهار ح ١.

بعينه «١». إلی غير ذلك. و لم يعتبر العامّة النيّة «٢» و لهم قول بوقوع ظهار السكران «٣».

و لو ظاهر و نوی به الطلاق أو بالعكس لم يقع أحدهما عندنا، لأنّا نعتبر الصيغة مع النيّة، و قال الصادق (عليه السّلام): لا يقع ظهار عن طلاق، و لا طلاق عن ظهار «۴». خلافاً للعامّة «۵».

و يصحّ من العبد للعمومات، و خصوص نحو خبر محمّد بن حمران سأل الصادق (عليه السّلام) عن المملوك أ عليه ظهار؟ فقال: عليه نصف ما علی الحرّ صوم شهر «۶». و للإجماع كما فی الخلاف «٧». و عن بعض العامّة المنع «٨».

و من الكافر علی رأی وفاقاً لبنی إدريس «٩» و سعيد «١٠» للعموم، و خلافاً للشيخ «١١» و القاضی «١٢» و ظاهر ابنی الجنيد «١٣» و شهرآشوب، و ظاهر المبسوط الإجماع عليه، و استدلّ عليه بأنّه حكم شرعیّ فكيف يصحّ ممّن لا يُقرّ به؟ و بأنّ من لوازمه التكفير إذا عاده، و هو عبادة لا يصحّ منه «١۴». و ضعفهما ظاهر، فإنّ الكفر لا يمنع من وقوعه و ترتّب أحكامه عليه و إن لم يصحّ منه التكفير، فإن له تصحيحه بالإسلام. و قيل: بل يصحّ عتقه و إطعامه «١۵».

و يقع من الخصیّ و الخنثی إن جاز نكاحه و المجبوب و إن لم يتمكّنوا من الوطء إن حرّمنا بالظهار جميع ضروب الاستمتاع

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵١٠ ب ٣ من كتاب الظهار ح ٢.

(٢) بدائع الصنائع: ج ٣ ص ٢٣١.

(٣) المبسوط للسرخسی: ج ۶ ص ٢٣٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٣۴ ب ٢٠ من كتاب الظهار ح ١.

(۵) المبسوط للسرخسی: ج ۶ ص ٢٢٩.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٢٢ ب ١٢ من كتاب الظهار ح ١.

(٧) الخلاف: ج ۴ ص ۵٢۵ مسألة ١.

(٨) عمدة القارئ: ج ٢٠ ص ٢٨٢.

(٩) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٨.

(١٠) الجامع للشرائع: ص ٤٨٣.

(١١) الخلاف: ج ۴ ص ۵۲۵ مسألة ٢.

(١٢) جواهر الفقه: ص ١٨٧ مسألة ۶۶۱.

(١٣) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٠٨.

(١۴) المبسوط: ج ۵ ص ١۴۵.

(١۵) نسبه فخر المحقّقين إلى بعضهم و لم يسمّه، راجع إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ۴٠۵.

و إلّا لم يقع، لانتفاء أثره، لامتناع وطئهم، و هو ظاهر فى غير الخنثى. و قيل فيه: إنّه يجوز أن تكون امرأة و آلة الرجل زيادة، فلا يتحقّق الوطء الصادر من الرجال، مع أنّه مناط الظهار، و لا يبعد أن يريد به العنّين لغلبة التعنين فى الخناثى.

و لا يصحّ من المرأة سواء قالت: «أنا عليك كظهر أُمّك» أو «أنت علىَّ كظهر أُمّى» أو «كظهر أبى» أو نحو ذلك للأصل، مع الخروج من المعهود و النصوص. و قول أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى خبر السكونى: إذا قالت المرأة: زوجى علىَّ كظهر أُمّى فلا كفّارة عليها «١». و قول الصادق (عليه السّلام) فى مرسل ابن فضّال: لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق «٢».

[الركن الثالث: فى المظاهرة]

الركن الثالث: المظاهرة أى المظاهر منها.

و يشترط أن تكون مملوكة الوطء له، فلا يقع بالأجنبيّة عندنا، للأصل، و الخروج عن النصوص، خلافاً لأبى حنيفة و مالك «٣» و إن علّقه على النكاح بأن يقول: «متى تزوّجتكِ فأنتِ علىَّ كظهر أُمّى» خلافاً لمالك «۴» و الشافعىّ «۵».

و أن تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع إن كان زوجها حاضراً أو بحكمه و هى ممّن تحيض مثلها إلّا إذا كانت حاملًا إن كانت تحيض، بالإجماع و النصوص كما سمعته من خبرى زرارة و ابن فضّال «۶». خلافاً للعامّة «٧».

و إنّما يعتبر الطهر كذلك وقت الإيقاع لا وقت حصول الشرط إن أوقعه مشروطاً و أجزناه، للأصل و العموم، فإنّ وقت الظهار وقت إيقاعه.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٣۴ ب ٢١ من كتاب الظهار ح ١ و فيه بدل «عليها» عليهما.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵١٠ ب ٢ من كتاب الظهار ح ٣.

(٣) المحلّى: ج ١٠ ص ۵۴.

(۴) المدوّنة الكبرى: ج ٣ ص ۵٩ و ۶٠.

(۵) فى كتابه خلاف ذلك: أى لم يقع الظهار. راجع الامّ: ج ۵ ص ٢٧٨.

(۶) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٠٩ ب ٢ من كتاب الظهار ح ٢ و ٣.

(٧) الأُمّ: ج ۵ ص ٢٧۶.

و لو كان غائباً بحيث لا يعرف حال زوجته صحّ لصحّة الطلاق، و نصّ الأخبار على وقوعه على مثل موضع الطلاق «۱». و كذا لو كانت يائسةً أو صغيرة و إن كان حاضراً.

و هل يشترط العقد؟ فيه نظر، و المروىّ فى عدّة أخبار أنّه يقع بالموطوءة بملك اليمين أى التى من شأنها الوطء بملك اليمين. و بالجملة ظهار المولى من أمته، فسأل ابن أبى يعفور الصادق (عليه السّلام) فى الحسن، عن رجل ظاهر من جاريته، قال: هى مثل ظهار الحرّة «۲». و فيه: أنّه يجوز عود ضمير «جاريته» إلى السائل.

و سأله، أو الكاظم (عليه السّلام) حفصُ بن البخترىّ فى رجل كان له عشر جوارٍ فظاهر منهنّ جميعاً بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفّارات «۳». و سأل إسحاق بن عمّار الكاظم (عليه السّلام) عن الرجل يظاهر من جاريته، فقال: الحرّة و الأمة فى هذا سواء «۴». و فيه: جواز فتح الهاء من «يظاهر».

و سُئل أحدهما (عليهما السّلام) فى صحيح محمّد بن مسلم عن الظهار على الحرّة و الأمة؟ قال: نعم «۵». و ليس من الدلالة فى شىء.

و سأل الحسين بن مهران الرضا (عليه السّلام) عن رجل ظاهر من امرأته و جاريته ما عليه؟ قال: عليه لكلّ واحدة منهما كفّارة «۶». و قال زرارة للباقر (عليه السّلام): إنّى ظاهرت من أُمّ ولد لى ثمّ وقعت عليها ثمّ كفّرت، فقال: هكذا يصنع الرجل الفقيه، إذا واقع كفّر «۷». و ليس نصّاً، و هو اختيار إبراهيم بن هاشم

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ من كتاب الظهار.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۱ ب ۱۱ من كتاب الظهار ح ۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۱ ب ۱۱ من كتاب الظهار ح ۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۰ ب ۱۱ من كتاب الظهار ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۰ ب ۱۱ من كتاب الظهار ح ۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۵ ب ۱۴ من كتاب الظهار ح ۲.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۹ ب ۱۶ من كتاب الظهار ح ۲.

و الحسن «۱» و الشيخ «۲» و ابنى حمزة «۳» و سعيد «۴» و المصنّف فى غير الكتاب «۵» و زيد فى دليله: عموم النصوص، لأنّها امرأته و نساؤه. و فى الخلاف الإجماع عليه «۶».

و خالف المفيد «۷» و سلّار «۸» و التقىّ «۹» و القاضى «۱۰» و ابن إدريس «۱۱» فلم يوقعوه بها، للأصل، و عدم الفهم من نسائهم، و لا من امرأته عرفاً، و نطق الأخبار بأنّه إنّما يقع على مثل موضع الطلاق، مع ضعف الأخبار الدالّة على الوقوع دلالة فيما عرفت و سنداً فى الباقى، و إن وصفوا خبر حفص ب «الحسن» ففيه كلام.

و لخبر حمزة بن حمران سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل جعل جاريته عليه كظهر امّه، فقال: يأتيها و ليس عليه شىء «۱۲». و صحيح عبد اللّه بن المغيرة، قال: تزوّج حمزة بن حمران ابنة بكير فلمّا أراد أن يدخل بها قال له النساء: لسنا ندخلها عليك حتّى تحلف لنا، و لسنا نرضى أن تحلف بالعتق لأنّك لا تراه شيئاً، و لكن احلف لنا بالظهار، فظاهِر من أُمّهات أولادك و جواريك، فظاهر منهنّ. ثمّ ذكر ذلك لأبى عبد اللّه (عليه السّلام) فقال: ليس عليك شىء ارجع إليهنّ «۱۳».

و يمكن الجواب بالحمل على نفى شىء من العقوبة إذا كفّر، و حمل الثانى على الحلف بالظهار كما ربّما يرشد إليه لفظ «هنّ» و

اختلال شرط كالقصد أو حضور الشاهدين «١۴».

(١) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٢٠.

(٢) الخلاف: ج ۴ ص ۵٢٩ مسألة ٨.

(٣) فيه خلاف ذلك راجع: الوسيلة: ص ٣٣۵.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴٨۵.

(۵) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶١ س ۴. تبصرة المتعلمين: ص ١۵٠. إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ۵۵.

(۶) الخلاف: ج ۴ ص ۵٢٩ مسألة ٨.

(٧) المقنعة: ص ۵٢۴.

(٨) المراسم: ص ١۶٠.

(٩) الكافى فى الفقه: ص ٢٠۴.

(١٠) المهذّب: ج ٢ ص ٢٩٨.

(١١) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٩.

(١٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٢١ ب ١١ من كتاب الظهار ح ۶.

(١٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵١٣ ب ۶ من كتاب الظهار ح ٣.

(١۴) فى ن، ق زيادة: كما ربّما يرشد إليه لفظهنّ.

و هل يشترط كون العقد دائماً؟ خلاف عرفته فى النكاح أقربه الوقوع بالمستمع بها وفاقاً للأكثر، و قد عرفت الكلام من الطرفين.

و هل يشترط الدخول؟ المروىّ صحيحاً عن الصادقين (عليهما السّلام) اشتراطه فروى محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السّلام) فى المرأة التى لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها إيلاء و لا ظهار «١». و سأل الفضيل بن يسار الصادق (عليه السّلام) عن رجل مملّك ظاهَر من امرأته، قال: لا يلزمه شىء و لا يكون ظهار، و لا إيلاء حتّى يدخل بها «٢». و به قال الشيخ و ادّعى عليه الإجماع «٣» و وافقه ابنا حمزة «۴» و سعيد «۵» و قيل فى المقنعة «۶» و المراسم «٧» و الغنية «٨» و السرائر «٩» لا يشترط للعموم مع كون الخبرين خبرى آحاد لا يصلحان لتخصيص الكتاب. و للاحتياط.

و على الاشتراط يقع مع الوطء دُبُراً لأنّه دخول أو فى حال صغرها، أو جنونها ظرف للوقوع، أى يقع ظهار بها و لو وطئت دُبُراً، أو كانت صغيرة، أو مجنونة و إن حرم الدخول بالصغيرة، و لم تكن هى و المجنونة أهلًا للترافع. و لو جعلناه ظرفاً للوطء لم يتّجه تخصيص المجنونة.

ثمّ هو المناسب لغيره، كالمبسوط و الشرائع «١٠» و التحرير «١١» و قال فى المبسوط: و أمّا بعد الدخول بها فإنّه يصحّ ظهارها، صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، بكراً أو ثيّباً، مدخولًا بها أو غير مدخول، يقدر على جماعها أو لم يقدر،

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵١۶ ب ٨ من كتاب الظهار ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵١۶ ب ٨ من كتاب الظهار ح ١.

(٣) الخلاف: ج ۴ ص ۵٢۶ مسألة ٣.

(۴) عبارته: «كون المرأة غير مدخول بها» و الظاهر زيادة كلمة «غير» راجع الوسيلة: ص ۳۳۴.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۸۳.

(۶) المقنعة: ص ۵۲۴.

(۷) المراسم: ص ۱۶۰.

(۸) غُنية النزوع: ص ۳۶۷.

(۹) السرائر: ج ۲ ص ۷۰۹.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۲ ص ۶۴.

(۱۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶۱ س ۶.

لعموم الآية «۱». و لا يظهر لهذا الكلام معنًى، إلّا أن يكون المراد سواء كانت الثيوبة للدخول بها أم لغيره [أو يكون المراد بالدخول الخلوة] «۲».

و يقع بالرتقاء و المريضة التي لا تُوطأ إلّا المريضة التي لا يمكن له وطؤها قبل الظهار قبلًا و لا دبراً إن اشترطنا الدخول، فيجوز إدخال الجملة في حيّز قوله: «على الاشتراط» و الابتداء بها.

و لا فرق في الوقوع بين أن تكون حرّةً أو أمةً، مسلمةً أو ذمّيّةً اتّفاقاً، و قد سمعت ما نصّ من الأخبار على الأمة «۳» و غيرها من الأخبار. و الكتاب يعمّ الكلّ.

و الأقرب اشتراط التعيين كما نصّ عليه في الانتصار «۴» و الغنية «۵» و السرائر «۶» و الجامع «۷» و حكى عليه الإجماع في الانتصار «۸» و الكلام فيه كالكلام في الطلاق، و إنّما قوّى هناك عدم الاشتراط، فإنّه أنسب بالاحتياط في الفروج.

[الركن الرابع: في المشبّه بها]

الركن الرابع: المشبّه بها لا خلاف في صحّته إذا شبّه بالأُمّ نسباً بلفظ الظهر.

و هل يقع لو شبّهها بغيرها من المحرّمات نسباً أو رضاعاً، كالأُخت و العمّة و الخالة و بنت الأخ و بنت الأُخت و الأُمّ من الرضاعة و غيرها؟ خلاف، أقربه: الوقوع إن جاء بصيغة الظهر وفاقاً للأكثر. و منهم: من صرّح بالمحرّمات رضاعاً كالشيخ في المبسوط «۹» و ابني سعيد «۱۰» للأخبار كما تقدّم من صحيح زرارة عن الباقر (عليه السّلام). و حسن جميل بن درّاج قال للصادق (عليه السّلام): الرجل

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۶.

(۲) ما بين المعقوفتين لم يرد في ن، ق.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۰ ب ۱۱ من كتاب الظهار.

(۴) الانتصار: ص ۱۴۱.

(۵) غُنية النُّزوع: ص ۳۶۶.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۷۱۰.

(۷) الجامع للشرائع: ص ۴۸۳.

(۸) الانتصار: ص ۱۴۱.

(۹) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۹ و ۱۵۰.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۶۱، الجامع للشرائع: ص ۴۸۳.

يقول لامرأته: أنت عليَّ كظهر عمّته أو خالته، قال: هو الظهار «۱». و كلّ ذى محرم، فى خبر زرارة «۲» يشمل المحرّمات رضاعاً. و لقوله (عليه السّلام): «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» «۳» و ضعفه ظاهر.

و لم يوقعه ابن إدريس بالتشبيه بغير الامّ «۴» للأصل. و كونه المعهود المفهوم من اللفظ. و اقتصار الآية عليه. و خبر سيف التمّار قال للصادق (عليه السّلام): الرجل يقول لامرأته: أنت عليَّ كظهر أُختى أو عمّتى أو خالتى، فقال: إنّما ذكر اللّٰه الأُمّهات، و إنّ هذا لَحرام «۵». و قوله: «إنّ هذا لحرام» إنّما دلّ على الحرمة، و لا يستلزم وقوع الظهار به على وجه يترتّب عليه أحكامه.

و لو شبّهها بعضوٍ غيره أى الظهر من غير الامّ كيدِ الأُخت و رجلها لم يقع قطعاً لانتفاء الدليل، خلافاً لابن حمزة «۶» لاشتراك الأعضاء فى الحرمة.

و لو شبّهها بمحرَّمةٍ بالمصاهرة على التأبيد لا جمعاً خاصّةً كأُمّ الزوجة و بنتها مع الدخول و زوجة الأب و زوجة الابن لم يقع وفاقاً للمبسوط «۷» و المهذّب «۸» و ظاهر كلّ مَن نصّ على التعميم للنسب و الرضاع للأصل، و خلوّ الأخبار عن ذكر شىء منهنّ. و اختار الوقوع فى المختلف، للاشتراك فى العلّة «۹» و عموم كلّ ذى محرم.

و للعامّة قول بوقوعه بالتشبيه بمَن حرمت عليه أبداً «۱۰» أى من أوّل كونه نسباً أو رضاعاً أو مصاهرة، لا بمن كانت مباحة له ثمّ حرمت كحليلة الابن، و كمن أرضعته و كانت قبل الإرضاع حلالًا له.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۱ ب ۴ من كتاب الظهار ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۱ ب ۴ من كتاب الظهار ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۲۸۰ ب ۱ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۱.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۷۱۰.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۱ ب ۴ من كتاب الظهار ح ۳.

(۶) الوسيلة: ص ۳۳۴.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۹.

(۸) المهذّب: ج ۲ ص ۲۹۹.

(۹) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۱۵.

(۱۰) المجموع: ج ۱۷ ص ۳۴۴ ۳۴۵.

و كذا لو شبّهها بمحرَّمة لا على التأبيد بل جمعاً كأُخت الزوجة و عمّتها و خالتها و المطلّقة ثلاثاً للعدّة بلا خلاف، كما فى المبسوط «۱» للأصل، و انتفاء الدليل.

و هل تدخل الجدّة تحت الامّ إن اقتصرنا فى وقوع الظهار عليها؟ إشكال من التردّد فى فهمها من الأُمّ إذا أُطلقت. و نفى فى

المبسوط الخلاف فى الوقوع بها من الأب كانت، أم من الامّ، قربت أو بعدت «۲».

و لـو شـبّهها بظهر أبيه، أو أخيه، أو ولـده لم يقع لأنّهم ليسوا من محـلّ الاسـتمتاع فى شـىء و إن عمّ الولـد البنت. و للأصـل، و الخروج عن المعهود و النصوص، فإنّ المعروف من ذى المحرم فى مثـل هـذا المقـام بالنسبة إلى الرجـال النسـاء، و للعامّـة قول بالوقوع «۳».

و كـذا لو شـبّهها بالأجنبيّـة أو بزوجة الغير و لو بزوجة النبىّ (صـلّى اللّه عليه و آله) أو الملاعنة أو المفضاة أو المطلّقة تسـعاً و إن كانت كلّ منهنّ ممّن تأبّد تحريمها فإنّ العمدة إنّما هو النصّ و الإجماع.

[المقصد الثانى فى أحكامه]

المقصد الثانى فى أحكامه الظهار حرام لاتّصافه فى الآية «۴» بالمنكر، و قيل فى التهذيب و الاستبصار لا عقاب فيه «۵» فى الآخرة لتعقّبه بالعفو و الغفران، و هما و إن لم يقيّـدا بهـذا الفعل لكن سـياق الكلام يـدلّ عليه عنـد البلغاء. و يـدفعه: أنّه لا دلالة له على العفو بلا توبة و تكفير فلِمَ لا يجوز حمله عليه؟ كما فى التبيان «۶» و غيره.

و يشترط فى صحّته عند جميع أصحابنا حضور شاهدين عدلين

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۹.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۹.

(۳) المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۵۸.

(۴) المجادلة: ۲.

(۵) انظر تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۴ ذيل حديث ۴۴ و الاستبصار: ج ۳ ص ۲۶۱ ذيل حديث ۹۳۵.

(۶) التبيان: ج ۹ ص ۵۴۲.

يسـمعان نُطق المظـاهِر و ينصّ عليه قول البـاقر (عليه السّـلام) فى حسن حمران: لا ـ يكون ظهـار إلّـا على طهر بغير جماع بشـهادة شاهدين مسلمين «۱».

و قطع أكثر الأصحاب باشتراط العدالة، و ممّن لم يذكرها السيّد و الشيخ، و زاد ابن حمزة: الحرّيّة «۲».

و لا ـ يقع يميناً بالاتّفاق كما فى الانتصار «۳» لنفى اليمين بغير اسم اللّه تعالى فى الأخبار. و نفيه بخصوصه فيما تقـدّم من صـحيح زرارة «۴» و نحوه. و جعله يميناً كأن يقول: «إن فعلت كـذا ففلانـة علىَّ كظهر أُمّى» و ينوى به الانزجار عن الفعل، أو يقول: «إن لم أفعل» و ينوى الانبعاث عليه.

و لا معلّقاً على وقت كقوله: «أنت علىَّ كظهر أُمّى إذا جاء شـهر كـذا، أو يوم كـذا» لأنّه ينافى الإيقاع و إنّما جاز التعليق بالشـرط للنصوص «۵» خلافاً للمبسوط «۶» فأجازه. و ربّما قيل: إذا جاز التعليق بالشـرط فبالصـفة كالوقت أولى. و قـد يمنع الأولويّة. و قد يدّعى العكس، لأنّ الشـرط محتمل الوقوع حين الإيقاع، فيمكن إرادة الوقوع حينه، بخلاف الصفة. و وهنه ظاهر، بل المعتمد هو النصّ، و هو موجود فى الشروط دون الصفة.

و لا فى إضرار وفاقاً للنهاية «۷» و الوسيلة «۸» لقول الباقر (عليه السّـلام) فى حسن حمران: لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار «۹». و يحتمل الوقوع كما هو ظاهر الأكثر، لعموم الآية «۱۰» و سائر الأخبار.

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ من كتاب الظهار ح ۱.

(۲) الوسيلة: ص ۳۳۴.

(۳) الانتصار: ص ۱۴۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۱ ب ۴ من كتاب الظهار ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۹ ب ۱۶ من كتاب الظهار.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۱۵۰.

(۷) النهاية: ج ۲ ص ۴۶۵.

(۸) الوسيلة: ص ۳۲۴.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۰۹ ب ۲ من كتاب الظهار ح ۱.

(۱۰) المجادلة: ۲.

و قوله على رأيٍ يحتمل الاختصاص «۱» بالإضرار كما يفهم من الشرحين «۲». و به و بالتعليق، لما عرفت من وقوع الخلاف فيه. و العموم للثلاثة، لعدم ثبوت الإجماع على عدم وقوعه يميناً، و لم يتعرّض له الأكثر، مع عموم ما دلّ على وقوعه مشروطاً. و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر عبد الرحمن بن الحجّاج: إذا حلف الرجل بالظهار فحنث فعليه الكفّارة قبل أن يواقع، و إن كان منه الظهار فى غير يمين فإنّما عليه الكفّارة بعد ما يواقع «۳».

فلو حلف به أو علّقه بانقضاء الشهر أو دخوله مثلًا أو قصد به الإضرار لم يقع على المختار.

و هل يقع موقوفاً على شرطٍ؟ الأقرب ذلك وفاقاً للصدوق «۴» و الشيخ «۵» و المحقّق «۶».

فلو قال: «أنت عليَّ كظهر أُمّى إن دخلتِ الدار» أو «إن شاء زيد» فدخلَت، أو شاء وقع للأخبار، و هى كثيرة كقول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح حمران: الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: «أنت عليَّ كظهر أُمّى» ثمّ يسكت، فذلك الّذى يكفّر قبل أن يواقع، فإذا قال: «أنت عليَّ كظهر أُمّى إن فعلت كذا و كذا» ففعل و حنث، فعليه الكفّارة حيث يحنث «۷».

و خلافاً للسيّد «۸» و بنى زهرة «۹» و إدريس «۱۰» و سعيد «۱۱» و البرّاج «۱۲» لمنافاته الإيقاع.

(۱) فى ن، ق: يحتمله.

(۲) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۴۱۱. كنز الفوائد: ج ۲ ص ۶۴۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۴ ب ۶ من كتاب الظهار ح ۶.

(۴) المقنع: ص ۳۵۲.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ۱۵۴.

(۶) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۶۲.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۳۱ ب ۱۶ من كتاب الظهار ح ۷، و فيه: عن حريز.

(۸) الانتصار: ص ۱۴۱.

(۹) غُنية النُّزوع: ص ۳۶۶.

(۱۰) السرائر: ج ۲ ص ۷۰۹.

(۱۱) الجامع للشرائع: ص ۴۸۳.

(۱۲) المهذّب: ج ۲ ص ۳۰۱.

و خبر القاسم بن محمّد الزيّات، قال للرضا (عليه السّلام): إنّى ظاهرت من امرأتى، فقال له: كيف قلت؟ قال: قلت: أنتِ علىَّ كظهر أُمّى إن فعلت كذا و كذا، فقال له: لا شىء عليك و لا تعد «۱». و خبر ابن بكير عن رجل من أصحابنا عن رجل قال للكاظم (عليه السّلام): إنّى قلت لامرأتى: أنتِ علىَّ كظهر أُمّى إن خرجتِ من باب الحجرة فخرجَت، فقال: ليس عليك شىء، فقال: إنّى قوىّ على أن أُكفّر، فقال: ليس عليك شىء، فقال: إنّى أقوى على أن أُكفّر رقبة و رقبتين، فقال: ليس عليك شىء، قويت أو لم تقو «۲».

و هما مع الضعف يحملان على اليمين. و يحتمل الأوّل نفى الشىء عليه قبل حصول الشرط. و لقول الصادق (عليه السّلام) فيما مرّ من مرسل ابن فضّال: لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق «۳». و ظاهر الموضع المرأة، و للإجماع كما فى السرائر «۴» و الغنية «۵» و ربّما يظهر من الانتصار «۶».

ثمّ المصنّف وافق المحقّق «۷» فى ترجيح نفى وقوعه معلّقاً و وقوعه مشروطاً ثمّ تنظّر فيه فقال و فى الفرق بينه و بين المعلّق نظر: من خروج التعليق من النصوص. و من أنّ الوقوع مشروطاً يدلّ على عدم اشتراط التنجيز و إرادة الإيقاع بنفس الصيغة فيه، و إذا لم يشترط ذلك لم يكن فرق بين الشرط و التعليق، بل قد يكون التعليق أولى بالوقوع كما عرفت.

و على المختار من وقوعه مشروطاً لو علّقه بظهار الضرّة ثمّ ظاهرها وقعا. و لو علّقه بظهار فلانة الأجنبيّة مع وصفها بالأجنبيّة مريداً إيقاعه بها و هى أجنبيّة فإن قصد المواجهة لها باللفظ و النطق به صحّ

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۰ ب ۱۶ من كتاب الظهار ح ۴.

(۲) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۳ و فيه بدل «أقوى»: قوىّ.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۳۲ ب ۱۶ من كتاب الظهار ح ۱۳.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۷۰۹.

(۵) غُنية النُّزوع: ص ۳۶۷.

(۶) الانتصار: ص ۱۴۱.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۶۲.

الظهار مع المواجهة به للأجنبيّة لوقوع الشرط و إن قصد الظهار الشرعىّ لم يقع لعدم وقوعها بها، و إن أطلق ففيه وجهان: كما فى المبسوط «۱» و التحرير «۲»: من احتمال التعليق على الاسم، و على الصفة.

و كذا لو قال: أجنبيّة على الحاليّة و اقتصر عليها من دون ذكر فلانة.

و لو قال: فلانة من غير وصف بالأجنبيّة فتزوّجها و ظاهرها وقعا معاً و الكلّ ظاهر. و يظهر من الشرائع احتمال العدم فى الأخير «۳» و لعلّه لكون الشرط حين إيقاع الصيغة غير مشروط.

و لو علّقه بمشيئة اللّه و قصد الشرط لم يقع و هو المراد ممّا فى المبسوط: من الإطلاق «۴» لعدم العلم بوقوعه، بل العلم بعدم

وقوعه و إن قصد التبرّك وقع للتنجيز.

و لو قال: «أنتِ عليَّ كظهر أُمّى إن لم يشأ اللّه» فإن كان عـدليّاً يعتقد أنّه تعالى لا يريد القبائح و المعاصـى وقع إن عرف التحريم فإنّه فى المعنى منجّز حينئذٍ.

و إن كان أشعريّاً فإشكال من الجهل بوقوع الشرط الموجب لاستصحاب الحلّ، و الحكم بعدم وقوع الظهار. و من لوازم وقوعه، شـاء اللّه أو لم يشـأ، فـإنّه إن شـاء لم يجز أن لا ـ يقع، لكون المشـيئة عنـدهم سـبباً تامّاً لوقوع الشـىء، و إن لم يشأ تحقّق الشـرط فيتحقّق المشروط، و لزوم عدم وقوعه على التقديرين أيضاً، فإنّه إن شاء فقد انتفى الشرط، فانتفى المشروط، و إن لم يشأ لم يقع، إذ ما من شىء إلّا بمشيئة اللّه. و يندفع بأنّه يلزم منه بطلان التعليق فلا يقع الظهار، لأنّه إنّما أوقعه معلّقاً.

و لو علّق بالنقيضين كقوله: «أنت عليَّ كظهر أُمّى إن شاء اللّه»

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ١۵٣.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶١ س ٢۵.

(٣) حيث نسبه إلى الشيخ و إن حسّنه، راجع شرائع الإسلام: ج ٣ ص ۶٣.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ١۵٢.

أو «لم يشأ» أو «إن دخلتِ الدار» أو «لم تدخلى» وقع لأنّه فى معنى نفى التعليق فى الحال أو فى الزمان المقيّد به إن أوقعنا المعلّق.

و لو علّق بأمرين على الجمع لم يقع مع وقوع أحدهما، و يقع مع وقوعهما، و إن وقعا على البدل إلّا أن يأتى بما ينصّ على التعليق بوقوعهما مجتمعين، [أو الجملة معطوفة على الشرطيّة، يعنى و يقع مع أحدهما لو علّق بهما على البدل] «١».

و أمّا إذا كان الظهار منجّزاً، أو وقع شرطه أفاد تحريم وطء الزوجة مثلًا و بالجملة المظاهَر منها حتّى يكفّر.

و الأقرب وفاقاً للشيخ «٢» و جماعة تحريم غيره من ضروب الاستمتاع لشمول المسّ لها لغةً، و لم يثبت نقله إلى الجماع.

و خلافاً لابن إدريس «٣» لادّعائه الاتّفاق على إرادة الجماع بالمسيس هنا لا تحريمه عليها للأصل من غير معارض، فإن تشبّهت بغيرها حتّى وطئها، أو استدخلت ذكره و هو نائم لم تفعل حراماً.

و لا يحلّ الوطء حتّى يكفّر بالعتق، أو الصيام، أو الإطعام على الترتيب كما نصّت عليه الآية «۴».

ثمّ حُرمـة الوطء قبـل العتق، أو الصـيام مجمعٌ منصوصٌ عليه، و المشـهور قبـل الإطعام ذلك، لعموم الأخبار «۵». و لـم يحرّمه أبو علىّ «۶» فى الإطعام، لخلوّ الكتاب عن الأمر بتقديمه. و لخبر زرارة قال للباقر (عليه السّلام): إنّى ظاهرت من أُمّ ولدٍ لى ثمّ وقعت عليها ثمّ كفّرت، فقال: هكذا يصنع الرجل الفقيه إذا واقع كفّر «٧». و حسنه قال

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس فى ق، ن.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ١۵۴ و ١۵۵.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ٧١١.

(۴) المجادلة: ٣ و ۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٢۶ ب ١۵ من كتاب الظهار.

(۶) حكاه عنه فى مسالك الأفهام: ج ٩ ص ۵٢٨.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۹ ب ۱۶ من كتاب الظهار ح ۲.

للصادق (عليه السّلام): رجل ظاهر ثمّ واقع قبل أن يكفّر، فقال: أو ليس هكذا يفعل الفقيه «۱»؟ و حملًا على الظهار المشروط بالمواقعة، و يمكن الحمل على الإنكار، خصوصاً الأوّل، و المزاح، كقوله (عليه السّلام) لعمّار: هكذا يتمرّغ الحمار «۲» مع أنّ الأوّل لا يدلّ إلّا على التكفير إذا واقع. و أمّا جواز التأخير و تعدّد الكفّارة به أو عدمه، فلا دلالة له على شي‌ء من ذلك، و إن اعتمدنا على الثاني كان التأخير أفضل، و لعلّه لا يقول به.

و لو كان مكفّراً بالصوم و وطئ خلال الصوم نهاراً أو ليلًا قبل مسمّى التتابع بصوم شهر و يوم، أو بعده استأنف عند الشيخ «۳» و المحقّق «۴» للنصّ على وجوب تقديم صيام الشهرين على المسيس. و إذا وطئ في الأثناء ثمّ أكمل الشهرين لم يصم الشهرين قبل المسيس. و لما سيأتي من وجوب كفّارتين إذا وطئ قبل التكفير، و يصدق هنا الوطء قبله، فيلزم كفّارتان تامّتان، و الأصل عدم وجوبهما مع إيجاب إتمام ما يحلّله الوطء، و لا قال به أحد.

و قيل في السرائر «۵» و الجامع «۶» لا يبطل التتابع لو وطئ ليلًا إذ لا معنى لتتابع الصوم إلّا عدم تخلّل الإفطار، و إنّما أُمرنا بصيام شهرين متتابعين، و هو صادق مع الوطء ليلًا، و غاية ما فهم من الآية وجوب تقديم هذا الصوم المتتابع على الوطء، و أنّه آثم بالوطء في خلاله، و لا دليل على الاستئناف. و لأنّ الاستئناف لا يجديه شيئاً، فإنّه لا يصدق على المستأنف أنّه قبل الوطء، و لا وجوب كفّارتين عليه يوجب الاستئناف، بل إحداهما ما تخلّله الوطء.

و قد يبنى الخلاف على أنّ الكفّارتين إذا وطئ قبل التكفير، هل هما للظهار فينقطع التتابع، أو إحداهما عقوبة، فتكون هي الأُولى، و تعيّن الثانية لتكفير الظهار؟

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۳۰ ب ۱۶ من كتاب الظهار ح ۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱ ص ۹۷۷ ب ۱۱ من أبواب التيمّم ح ۸.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۵۴۰ مسألة ۲۴.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۶۶.

(۵) السرائر: ج ۲ ص ۷۱۴.

(۶) الجامع للشرائع: ص ۴۸۴.

و على الأوّل هل يكفي الاستئناف عن كفّارة الوطء قبل كمال التكفير على القول بلزوم كفّارتين إن وطئ قبل التكفير؟ إشكال من التردّد في كون الوطء قبل التكفير، لاحتمال أن يراد قبل الشروع فيه و قبل الإتمام.

و الأقرب أنّ الوطء إن وقع ليلًا وجب الإتمام دون الاستئناف مطلقاً قبل إتباع الشهر الأوّل بيوم و بعده، وفاقاً لابني إدريس و سعيد «۱» لما عرفت. و وجب التكفير ثانياً وفاقاً للجامع «۲» لصدق الوطء قبل التكفير، إذ لا تكفير إلّا بتمام الصيام.

و كذا إن وقع نهاراً بعد أن صام من الثاني شيئاً، و إن وقع نهاراً و كان قبله استأنف لفقد التتابع و كفّر ثانياً بعد الاستئناف، فإنّ تقدّم الوطء على التكفير هنا أظهر.

و لو عجز عن الكفّارة بجميع خصالها و ما يقوم مقامها من صوم ثمانية عشر يوماً، أو ما قدر عليه كفاه الاستغفار المقرون بالتوبة. و حلّ الوطء على رأيٍ وفاقاً لابن إدريس «۳» و المحقّق «۴» لقول الصادق (عليه السّلام) في خبر إسحاق بن عمّار: إنّ الظهار إذا

عجز صاحبه عن الكفّارة فليستغفر اللّه، و لينو أن لا يعود قبل أن يواقع ثمّ ليواقع، و قد أجزأ ذلك عنه من الكفّارة، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفّر به يوماً من الأيّام فليكفّر، و إن تصدّق بكفّه فأطعم نفسه أو عياله فإنّه يجزئه إذا كان محتاجاً، و إن لا يجد ذلك فليستغفر اللّه ربّه و ينوى أن لا يعود، فحسبه بذلك و اللّه كفّارة «٥». و فى خبر داود بن فرقد الاستغفار توبة و كفّارة لكلّ من لم يجد السبيل إلى شىء من الكفّارة «۶». و لأنّ من البيّن أنّه غير مكلّف بما يعجز عنه من التكفير، و الأصل عدم وجوب الطلاق، فلو لم يكف الاستغفار لزم الحرج العظيم.

---

(۱) تقدّم آنفاً.

(۲) الجامع للشرائع: ص ۴۸۴.

(۳) السرائر: ج ۲ ص ۷۱۳.

(۴) المختصر النافع: ص ۲۰۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۵۵ ب ۶ من أبواب الكفّارات ح ۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۵۵ ب ۶ من أبواب الكفّارات ح ۳.

و خلافاً للشيخين «۱» و جماعة، لأنّ النصوص إنّما تضمّنت الخصال، و ضعف هذين الخبرين. و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير: كلّ من عجز عن الكفّارة التى تجب عليه، من صوم أو عتق أو صدقة فى يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا يجب على صاحبه فيه الكفّارة، فالاستغفار له كفّارة، ما خلا يمين الظهار، فإنّه إذا لم يجد ما يكفّر به حرمت عليه أن يجامعها و فُرّق بينهما، إلّا أن ترضى المرأة أن يكون معها و لا يجامعها «۲».

و خبر أبى الجارود زياد بن المنذر قال: سأل أبو الورد أبا جعفر (عليه السّلام) و أنا عنده عن رجل قال لامرأته: أنت علىَّ كظهر أُمّى مائة مرّة، قال أبو جعفر (عليه السّلام): يطيق لكلّ مرّة عتق نسمة؟ قال: لا، قال: فيطيق إطعام ستّين مسكيناً مائة مرّة؟ قال: لا، قال: فيطيق صيام شهرين متتابعين مائة مرّة؟ قال: لا، قال: يفرّق بينهما «۳».

و أخبار الطرفين ضعيفة، و اختلف فى أنّ الخصال لها بدل أو لا، و القائلون بالبدل اختلفوا. ففى الفقيه: إن لم يجد ما يُطعم ستّين مسكيناً صام ثمانية عشر يوماً، و روى أنّه يتصدّق بما يُطيق «۴». و عكس فى الهداية فقال: يصدّق بما يقدر، و قد روى أنّه يصوم ثمانية عشر يوماً «۵».

و فى النهاية اقتصر على صيام ثمانية عشر يوماً «۶». و سيأتى فى الكتاب موافقاً للشرائع أنّه يصوم ثمانية عشر، فإن عجز تصدّق عن كلّ يوم بمدّ «۷» و تمام التحقيق فيما سيأتى.

و لا يجبره الحاكم على التكفير خاصّة، أو الطلاق خاصّة مطلقاً، و لا على أحدهما قبل المرافعة، فإنّ الحقّ إنّما هو للزوجين، و قد أسقط هو حقّه

---

(۱) المقنعة: ص ۵۲۴. النهاية: ج ۲ ص ۴۶۴ ۴۶۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۵۴ ب ۶ من أبواب الكفّارات ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۵۴ ب ۶ من أبواب الكفّارات ح ۲.

(۴) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۵۲۸ ذيل حديث ۴۸۲۹ و ح ۴۸۳۰.

(۵) الهدایة: ص ۲۷۳ ۲۷۴.

(۶) النهایة: ج ۲ ص ۴۶۷.

(۷) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۷۹.

بالظهار، فإن صبرت المرأة فقد أسقطت حقّها بل إذا رفعت المرأة أمرها إلیه خیّره بین التکفیر و الرجعة، و بین الطلاق، و یُنظره للفکرة ثلاثة أشهر من حین الترافع، فإن خرجت الأشهر و لم یختر أحدهما حبسه الحاکم و ضیّق علیه فی مطعمه، و مشربه حتّی یتخیّر أحدهما، و لا یُجبر علی الطلاق بعینه إلّا إذا قدر علی التکفیر و أقام علی التحریم مضارّة، کذا فی النهایة «۱» و الغنیة «۲» و الوسیلة «۳». و فی الغنیة بدلیل إجماع الطائفة «۴» یعنون أنّه إذا لم یقدر علی التکفیر لم یجبر علی شی‌ء، فإنّ الأصل عدم وجوب الطلاق علیه، و لعلّه ندم ممّا فعله، و یشقّ علیه مفارقة زوجته فابتلی هو کما ابتلیت، فهما ینتظران الفرج. و هذا إنّما یتمّ علی القول بعدم حلّ الوطء بالاستغفار إذا عجز عن التکفیر بغیره.

و لا یطلّق عنه الحاکم، للأصل من غیر معارض و إن صبرت لم یعترض و ممّا یدلّ علی هذه الأحکام بعد الاتّفاق علیها کما هو الظاهر أنّ أبا بصیر سأل الصادق (علیه السّلام) عن رجل ظاهر من امرأته، فقال: إن أتاها فعلیه عتق رقبة، أو صیام شهرین متتابعین، أو إطعام ستّین مسکیناً، و إلّا ترک ثلاثة أشهر، فإن فاء و إلّا أُوقف حتّی یُسأل: أ لک حاجة فی امرأتک أو تطلّقها؟ فإن فاء فلیس علیه شی‌ء و هی امرأته، و إن طلّق واحدة فهو أملک برجعتها «۵». و لعلّ المراد بالفئة الندم و التزام الکفّارة ثمّ الوطء، لا الوطء، لیستشکل بأنّها لیس لها المطالبة بالوطء، إلّا فی کلّ أربعة أشهر، و ربّما رفعت أمرها بعد الظهار بلا فصل.

و لو کان الظهار مشروطاً و أوقعناه جاز الوطء ما لم یحصل الشرط، و لا کفّارة قبله بالنصّ «۶» و الإجماع و الاعتبار.

و لو کان الوطء هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله بمسمّاه

---

(۱) النهایة: ج ۲ ص ۴۶۲.

(۲) غُنیة النُّزوع: ص ۳۶۸ ۳۶۹.

(۳) الوسیلة: ص ۳۳۵.

(۴) غُنیة النُّزوع: ص ۳۶۹.

(۵) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۵۳۳ ب ۱۸ من کتاب الظهار ح ۱.

(۶) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۵۲۹ ب ۱۶ من کتاب الظهار.

و لا تستقرّ الکفّارة حتّی یعود عمّا قاله بعد النزع الکامل، فلا کفّارة علیه بالوطء الأوّل و إن طال زمانه، لأنّه وطء واحد لغة و عرفاً، و إن حصل فی أثنائه نزع غیر کامل.

و قیل فی المقنع «۱» و الفقیه «۲» و الهدایة «۳» و النهایة «۴» تجب بنفس الوطء بناءً علی کون الاستمرار وطئاً ثانیاً و لیس بجیّد لما عرفت من الاتّحاد و إن طال الزمان. مع کون المفهوم من نحو: أنت علیَّ کظهر أُمّی إن قربتک، أو وطأتک، أنّها کظهر أُمّه إذا حصل وطء واحد. و عندی أنّ شیئاً من عبارات تلک الکتب لیست نصّاً فی ذلک.

ففی الفقیه: و الظهار علی وجهین: أحدهما: أن یقول الرجل لامرأته: هی علیه کظهر امّه و یسکت فعلیه الکفّارة من قبل أن یجامع، فإن جامع من قبل أن یکفّر لزمته کفّارة أُخری. و إن قال: هی علیه کظهر امّه إن فعل کذا و کذا فلیس علیه شی‌ء حتّی

يفعل ذلك الشيء و يجامع، فتلزمه الكفّارة إذا فعل ما حلف عليه «۵». و نحوه ما في المقنع «۶» و الهداية «۷».

و في النهاية: ثمّ إنّه ينقسم قسمين: قسم منه يجب فيه الكفّارة قبل المواقعة. و الثاني: لا تجب فيه الكفّارة إلّا بعد المواقعة. فالقسم الأوّل هو أنّه إذا تلفّظ بالظهار على ما قدّمناه، و لا يعلّقه بشرط، فإنّه يجب عليه الكفّارة قبل مواقعتها، فإن واقعها قبل أن يكفّر كان عليه كفّارة أُخرى.

و الضرب الثاني: لا يجب فيه الكفّارة، إلّا بعد أن يفعل ما شرط أنّه لا يفعله، أو يُواقعها، فمتى واقعها كانت عليه كفّارة واحدة، فإن كفّر قبل أن يواقع ثمّ واقع

---

(۱) المقنع: ص ۳۵۲.

(۲) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۵۲۷ ذيل حديث ۴۸۲۹.

(۳) الهداية: ص ۲۷۳.

(۴) النهاية: ج ۲ ص ۴۶۲.

(۵) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۵۲۷ ذيل حديث ۴۸۲۹.

(۶) المقنع: ص ۳۵۲.

(۷) الهداية: ص ۲۷۳.

لم يجزه ذلك عن الكفّارة الواجبة بعد المواقعة، و كان عليه إعادتها، و متى فعل ما ذكر أنّه لا يفعله وجبت عليه الكفّارة أيضاً قبل المواقعة، فإن واقعها بعد ذلك كان عليه كفّارة أُخرى «۱».

و الظاهر أنّ معنى هذه العبارات أنّ عليه الكفّارة بعد المواقعة إذا عاد لما قاله، فارتفع الخلاف من البين.

و يجب تقديم الكفّارة على الوطء في المطلق، و ما وقع شرطه على خلاف في الإطعام عرفته مع نيّة العود، و لا تجب الكفّارة بالتلفظ كما زعمه بعض العامّة «۲» بل بالعود بالنصّ «۳» و الإجماع.

و لكن اختلف في العود، فالمشهور أنّه هو إرادة الوطء أي استباحة الوطء، و يظهر الاتّفاق عليه من التبيان «۴» و مجمع البيان «۵» و غيرهما، و يدلّ عليه خبر أبي بصير قال للصادق (عليه السّلام): متى تجب الكفّارة على المظاهر، قال: إذا أراد أن يواقع «۶». و نحوه صحيح جميل بن درّاج «۷» و حسنه «۸» عنه (عليه السّلام). و الأخبار «۹» النافية للكفّارة إذا فارقها قبل المواقعة، أو قبل الحنث.

و عند أبي عليّ «۱۰» و المرتضى «۱۱» أنّه إمساكها على النكاح زماناً و إن قلّ، و هو موافق لقول بعض العامّة «۱۲». و لعلّه استند إلى أنّ صيغة الظهار تقتضي التحريم، و التحريم إنّما يكون بالبينونة، فإذا لم يَبِنْها فقد عاد عن التحريم.

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۴۶۰.

(۲) المجموع: ج ۱۷ ص ۳۵۹.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۱۰ من كتاب الظهار.

(۴) التبيان: ج ۹ ص ۵۴۳.

(۵) مجمع البيان: ج ۹ ص ۲۴۷ و ۲۴۸.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۷ ب ۱۵ من كتاب الظهار ح ۶.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۹ ب ۱۰ من كتاب الظهار ذيل حديث ۴.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۸ ب ۱۰ من كتاب الظهار ح ۴.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۱۰ من كتاب الظهار.

(۱۰) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۲۶.

(۱۱) انظر الانتصار: ص ۱۴۲، و مسائل الناصريّات: ص ۳۵۵ ۳۵۶.

(۱۲) المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۷۶.

و ضعفه ظاهر، مع أنّه مردود بالأصل، و الأخبار «۱».

و الكفّارة و إن وجبت بإرادة الوطء، لكنّها ليست بمجرّد ذلك مستقرّة حتّى أنّه لو فارقها بعد إرادة الوطء استقرّت عليه. بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتّى يكفّر وفاقاً للمشهور، للأصل، و ظاهر الأخبار الناطقة بأن لا يمسّها حتّى يكفّر، أو سقوط الكفّارة إذا فارقها قبل المسّ «۲». و ظاهر الآية، فإنّها أوجبت التحرير قبل المسّ «۳» و القبليّة تستدعى وجود المتضايفين.

و قيل: بالاستقرار بإرادة الوطء، لأنّها العود، و قد علّق عليه وجوب الكفّارة «۴» و لأنّها وجبت عند الإرادة، فيستصحب، و لأنّها إن لم تستقرّ بذلك لم تكن واجبة حقيقة، بل إنّما كانت شرطاً لإباحة الوطء.

و الجواب: أنّ الوجوب خلاف الأصل، و إنّما علم من النصوص الوجوب، بمعنى توقّف المسّ عليه و إن لم يكن ذلك وجوباً حقيقة.

فإن وطئ قبل التكفير لزمه كفّارتان بالإجماع كما فى الخلاف «۵» و الانتصار «۶» و السرائر «۷» و الغنية «۸» و ظاهر التبيان «۹» و المبسوط «۱۰» و للأخبار كصحيح الحلبىّ قال للصادق (عليه السّلام): إن أراد أن يمسّها؟ قال: لا يمسّها حتّى يكفّر، قال: فإن فعل فعليه شيء؟ قال: إى و اللّه إنّه لآثم ظالم، قال: عليه كفّارة غير الاولى؟ قال: نعم يُعتق أيضاً رقبة «۱۱». و صحيح أبى بصير قال له (عليه السّلام): فإن واقع قبل أن يكفّر فقال: عليه كفّارة أُخرى «۱۲».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۱۰ من كتاب الظهار.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۱۰ من كتاب الظهار.

(۳) المجادلة: ۳.

(۴) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶۲ س ۶.

(۵) الخلاف: ج ۴ ص ۵۳۹ مسألة ۲۳.

(۶) الانتصار: ص ۱۴۲.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۷۱۲.

(۸) غُنية النُّزوع: ص ۳۶۸.

(۹) التبيان: ج ۹ ص ۵۴۴.

(۱۰) المبسوط: ج ۵ ص ۱۵۴.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۷ ب ۱۵ من كتاب الظهار ح ۴.

(۱۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۶ ب ۱۵ من كتاب الظهار ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۲۵۵

و لا نعرف مُخالفاً فيه إلّا أبا علىّ فى الإطعام، بناءً على مذهبه فيه من عدم وجوب تقديمه على المسّ «۱». و يؤيّده أنّ أكثر الأخبار «۲» إنّما أوجب عليه عتق رقبة ثانية. و خبر زرارة عن الباقر (عليه السّلام): إنّ الرجل إذا ظاهر من امرأته ثمّ يمسّها «۳» قبل أن يكفّر، فإنّما عليه كفّارة واحدة و يكفّ عنها حتّى يكفّر «۴». و حسن الحلبىّ قال للصادق (عليه السّلام): فإن واقع قبل أن يكفّر؟ قال: يستغفر اللّه و يمسك حتّى يكفّر «۵». و الأولى حملها على الجهل أو النسيان، كما أن النبىّ (صلّى اللّه عليه و آله) إنّما أمر سلمة بن صخر مع أنّه أخبره بالمواقعة، بكفّارة واحدة «۶». و كذا الرجل من بنى النجّار «۷». و كما نصّ عليه قول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح محمّد بن مسلم: الظهار لا يكون إلّا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتّى يكفّر، فإن جهل و فعل فإنّما عليه كفّارة واحدة «۸».

و تتكرّر الكفّارة بتكرّر الوطء فى المشهور، و يدلّ عليه صدق الوطء قبل التكفير على كلّ منهما، و كلّ وطء قبل التكفير سبب للكفّارة، و الأصل عدم التداخل. و قول الصادق (عليه السّلام) فى حسن أبى بصير: إذا واقع المرّة الثانية قبل أن يكفّر فعليه كفّارة أُخرى، و «۹» ليس فى هذا اختلاف «۱۰».

و قال ابن حمزة: إن كفّر عن الوطء الأوّل لزمه التكفير عن الثانى، و إلّا فلا «۱۱».

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌۸، ص: ۲۵۵

---

(۱) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۳۷.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۶ ب ۱۵ من كتاب الظهار.

(۳) فى وسائل الشيعة بدل يمسّها: غشيها.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۸ ب ۱۵ من كتاب الظهار ح ۹.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۶ ب ۱۵ من كتاب الظهار ح ۲.

(۶) عوالى اللآلى: ج ۳ ص ۳۹۷ ح ۲.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۷ ب ۱۵ من كتاب الظهار ح ۷.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۸ ب ۱۵ من كتاب الظهار ح ۸.

(۹) ليس فى وسائل الشيعة: و.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۶ ب ۱۵ من كتاب الظهار ح ۱.

(۱۱) الوسيلة: ص ۳۳۵.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۲۵۶

لأنّ الأخبار الموجبة لكفّارة اخرى للوطء تشمل الوطء الواحد و المتعدّد، و الأصل البراءة من التكرير، فإذا وطئ مرّات قبل

التكفير لم يكن عليه سوى كفّارة أخرى، و أمّا إذا كفّر عن الأوّل، فإذا وطئ ثانياً صدق عليه أنّه وطئ قبل التكفير، فلزمه كفّارة أُخرى، و حسن أبى بصير ليس نصّاً فى إيجاب التكرار مطلقاً، و هو قوىّ.

و لو وطئ ثانياً بعد أن أدّى كفّارةً واحدةً ناوياً بها عن الوطء الأوّل بعينه أو عن أحدهما أى الوطء الأوّل، و الظهار لا على التعيين على إشكالٍ فى الثانى، من الإشكال فى إجزاء هذه الكفّارة من اتّحاد الجنس، و احتمال كون الكفّارتين عن الظهار، و من أنّ الظاهر أنّهما لذنبين: الظهار و الوطء، و استلزام اختلاف الذنب للتميّز فى النيّة. و أيضاً من صدق الوطء بعد التكفير و أصالة البراءة. و من أنّه إنّما تسقط الكفّارة إذا كفّر عن الظهار، و إنّما يحصل التكفير عن الظهار بالنيّة وجبت بالوطء الثانى كفّارة ثالثة، و إن نواها عن الظهار فلا شىء عن الوطء الثانى لوقوعه بعد كفّارة الظهار من غير شبهة.

و لو طلّق رجعيّاً وفاها حقّها فلا شىء عليه، كما روى سعيد الأعرج عن الكاظم (عليه السّلام) فى رجل ظاهر من امرأته فوفى، قال: ليس عليه شىء «١».

فإن راجعها فى العدّة لم يحلّ له حتّى يكفّر لبقاء الزوجيّة. و لأنّ يزيد الكناسىّ سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل ظاهر من امرأته ثمّ طلّقها تطليقة فقال: إذا طلّقها تطليقة فقد بطل الظهار، و هدم الطلاق الظهار، قال له: فله أن يراجعها؟ قال: نعم هى امرأته [قال] «٢» فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسّا «٣».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ من كتاب الظهار ح ١٠.

(٢) لم يرد فى وسائل الشيعة: قال.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ٢.

و لا تجب الكفّارة بالرجعة ما لم يرد إباحة الوطء إلّا على قول من قال: بأنّ العود إنّما هو إمساكها على النكاح فى زمان و إن قلّ مع القدرة على الطلاق و من العامّة من جعل نفس الرجعة عوداً.

و لو خرجت من العدّة ثمّ تزوجها، أو كان الطلاق بائناً و تزوّجها فى العدّة فلا كفّارة لو وطئها فى المشهور، لبطلان حكم الظهار بالبينونة. و خبر يزيد الكناسىّ قال بعد ما سمعته الآن: فإن تركها حتّى يحلّ أجلها و تملك نفسها، ثمّ تزوّجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يتماسّا؟ قال: لا، قد بانت منه و ملكت نفسها «١». و إطلاق نحو صحيح محمّد بن مسلم سأله (عليه السّلام) عن رجل ظاهر من امرأته ثمّ طلّقها قبل أن يواقعها فبانت منه أ عليه الكفّارة؟ قال: لا «٢». و صحيح جميل عن الصادق (عليه السّلام) سأله: فإن طلّقها قبل أن يواقعها أ عليه كفّارة؟ فقال: لا، سقطت الكفّارة عنه «٣».

و أوجبها التقىّ «٤» و سلّار «٥» و مال إليه ابنا زهرة «٦» و إدريس «٧» لعموم النصوص «٨» و صحيح علىّ بن جعفر عن أخيه (عليه السّلام) سأله عن رجل ظاهر من امرأته، ثمّ طلّقها بعد ذلك بشهر، أو شهرين، فتزوّجت ثُمّ طلّقها الّذى تزوَّجها فراجعها الأوّل، هل عليه فيه الكفّارة للظهار الأوّل؟ قال: نعم عتق رقبة، أو صيام أو صدقة «٩». و حمل على التقيّة و الاستحباب و فساد التزويج، لعدم انقضاء العدّة.

و قال ابن حمزة: إن جدّد العقد بعد العدّة لم يلزم الكفّارة رجعيّة أو بائناً

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٠ ص ٥١٧ ب ١٠ من كتاب الظهار ح ١.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۸ ب ۱۰ من كتاب الظهار ح ۴.

(۴) الكافى فى الفقه: ص ۳۰۳ ۳۰۴.

(۵) المراسم: ص ۱۶۰.

(۶) غُنيةُ النُّزوع: ص ۳۶۹.

(۷) السرائر: ج ۲ ص ۷۱۲.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۱۰ من كتاب الظهار.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۹ ب ۱۰ من كتاب الظهار ح ۹.

و يلزم إن جدّده على البائن فى العدّة «۱». و لعلّه لعموم النصوص «۲» خرج ما إذا خرجت من العدّة، لخبر يزيد الكناسىّ «۳» فيبقى الباقى.

و لو ماتا، أو أحدهما قبل المسّ سقطت الكفّارةُ إلّا على قول أبى علىّ، و لكن إن وطئها بعد موتها، فالظاهر أنّ عليه كفّارتين، للعموم و الاستصحاب.

و الارتداد كالطلاق الرجعىّ، إن كان عن غير فطرة، أو كان من المرأة و كان إلى غير الكتابيّة، و إلّا فلا مشابهة له بالطلاق تجب الكفّارة مع العود إلى الإسلام، و عن الظهار فى العدّة لا إذا خرجت فجدّد العقد، إلّا على قول أبى علىّ، فيتّجه الوجوب بمجرّد التربّص و عدم الطلاق.

و لو ظاهر و لم ينوِ العودَ ثمّ أعتق مثلًا لم يجزئه، لأنّه كفّر قبل الوجوب بل لم يكفّر، و إنّما هو فعل شبيه الكفّارة فأطلق عليه اسمها مجازاً.

و لو اشترى زوجته المظاهَر منها بطل العقد فبطل توابعه، و منها حكم الظهار و حلّ له وطؤها قبل الكفّارة أى بلا كفّارة.

و كذا لو اشتراها غير الزوج ففسخ النكاح ثمّ تزوّجها الزوج بعقد آخر سقطت الكفّارة و كذا لو باع أمته التى ظاهر منها ثمّ اشتراها.

و لو قال لجماعة أنتنّ علىَّ كظهر أُمّى وقع الظهار بهنّ اتّفاقاً، و تتعدّد الكفّارة بحسبهنّ فعليه عن كلّ واحدة كفّارة وفاقاً للمعظم. و حكى عليه الإجماع فى الخلاف «۴» لأصالة تعدّد المسبّب بتعدّد السبب. و خبر حفص بن البخترىّ عن الصادق و الكاظم (عليهما السّلام)، فى رجل له عشر جوارٍ فظاهر منهنّ كلّهنّ جميعاً بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفّارات «۵». و إطلاق صحيح صفوان قال:

---

(۱) الوسيلة: ص ۳۳۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۷ ب ۱۰ من كتاب الظهار.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۱۸ ب ۱۰ من كتاب الظهار ح ۲.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۵۳۴ ۵۳۵ مسألة ۱۸.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۲۵ ب ۱۴ من كتاب الظهار ح ۱.

سأل الحسين بن مهران أبا الحسن الرضا (عليه السّلام) عن رجل ظاهر من أربع نسوة، فقال: يكفّر لكلّ واحدة منهنّ كفّارة، و

سأله عن رجل ظاهر من امرأته و جاريته ما عليه؟ قال: عليه لكلّ واحدة منهما كفّارة «١».
و خلافاً لأبى علىّ «٢» لقول أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى خبر غياث بن إبراهيم فى رجلٍ ظاهر من أربع نسوة: عليه كفّارة واحدة «٣». و يحمل مع الضعف على الاتّحاد فى الجنس.
و قد يبنى الخلاف على أنّ للظهار شبهاً بالطلاق و باليمين، فإن غلب الأوّل تعدّدت الكفّارة، و إن غلب الثانى اتّحدت، و عليه يحتمل أن لا يكون عليه كفّارة بالعود إلى بعضهنّ، كما أنّ من حلف لا يكلّم جماعةً، لم يحنث إلّا بتكليمهم كلّهم.
و لو كرّر الظهار من واحدة وجب عليه بكلّ مرّة كفّارة، سواء فرّق الظهار، أو تابعه اتّحد المشبّه بها، أم تعدّدت على رأى وفاقاً للأكثر، لأصالة عدم التداخل، و الأخبار، و هى كثيرة كصحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرّات أو أكثر، ما عليه؟ قال: عليه مكان كلّ مرّة كفّارة «٤».
و فى المبسوط: أنّه إن والى و نوى التأكيد أو أطلق، لم يلزمه أكثر من كفّارة. و إن نوى الاستئناف، أو فرّق، تعدّدت، تخلّل التكفير، أو لا- و نفى الخلاف عن الواحدة إذا نوى التأكيد، و التعدّد إذا فرّق و تخلّل التكفير «٥» و نحوه فى الوسيلة «۶» و التحرير «٧» صريحاً، و الخلاف مفهوماً، فإنّه حكم بالتعدّد إذا نوى الاستئناف «٨» لكنّه لم يفرّق فيه بين التوالى و التفريق. و يمكن أن يكون هو المراد بما فى النهاية،

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٢۵ ب ١۴ من كتاب الظهار ح ٢.
(٢) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٣۶.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٢۵ ب ١۴ من كتاب الظهار ح ٣.
(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٢۴ ب ١٣ من كتاب الظهار ح ۴.
(۵) المبسوط: ج ۵ ص ١۵٢.
(۶) الوسيلة: ص ٣٣۴.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶٢ س ١٣.
(٨) الخلاف: ج ۴ ص ۵٣۵ مسألة ١٩.

فإنّه ذكر فيه أنّه: إذا ظاهر منها مرّة بعد اخرى تعدّدت الكفّارة «١». و عند نيّة التأكيد لم يظاهر مرّة بعد اخرى.
و كذا عبارة الكتاب و كثير من العبارات، كعبارات النافع «٢» و الشرائع «٣» و الجامع «۴» و لعلّه إنّما خصّ التفصيل بالتأكيد، و عدمه فى المبسوط بالتوالى، لأنّ التأكيد بالمتفرّق غير معهود.
و بنو زهرة «۵» و إدريس «۶» و أبى عقيل «٧» أطلقوا تكرير كلمة الظهار.
و فى المختلف نفى البأس عمّا فى المبسوط من الفرق بعد أن رجّح التعدّد، قصد التأكيد أو لا، و استدلّ للفرق بالأصل و الاتّحاد مع قصد التأكيد، و خبر عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق (عليه السّلام) «فى رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات فى مجلس واحد، قال: عليه كفّارة واحدة» و عارض الأصل بالاحتياط، و منع الاتّحاد، فإنّ المؤكّد غير المؤكّد «٨». و أمّا الخبر فحمله الشيخ على الاتّحاد فى الجنس «٩».
و قال أبو علىّ: إن اختلفت المشبّه بها تعدّدت الكفّارة، كأن قال: أنت علىّ كظهر أُمّى، أنت علىّ كظهر أُختى، لأنّهما حرمتان انتهكهما، و إن اتّحدت اتّحدت ما لم يتخلّل التكفير «١٠». و يتّجه عليه احتمال التعدّد إن قال: أنت كظهر أُمّى و أُختى، لانتهاك

الحرمتين.

و لو وطئها قبل التكفير عن الجميع كفّر عن بعضها أو لا ـ وجب عليه عن كلّ وطء كفّارة واحدة لا أزيد، و عن كلّ مرّة بقيت اخرى.

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۴۶۴ ۴۶۵.

(۲) المختصر النافع: ص ۲۰۵.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۶۵.

(۴) الجامع للشرائع: ص ۴۸۳.

(۵) غُنية النزوع: ص ۳۶۹.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۷۱۳.

(۷) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۳۱.

(۸) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۳۳.

(۹) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۲۳ ذيل حديث ۷۳.

(۱۰) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۳۱.

و يصحّ الظهار مطلقاً عن الزمان اتّفاقاً و مقيّداً بمدّة على رأى وفاقاً لأبى علىّ «۱» للعموم، و الاحتياط. و لما روى من أنّ سلمة بن صخر قال: كنت امرءاً أُوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيرى، فلمّا دخل رمضان ظاهرت من امرأتى حتّى ينسلخ رمضان فَرقاً من أن أُصيب فى ليلتى شيئاً فاتابع فى ذلك إلى أن يدركنى النهار، و أن لا ـ أقدر على أن أنزع، فبينا هى تخدمنى الليل إذ يكشف لى منها شىء. فوثبتُ عليها. إلى أن ذكر أنّه ذكر ذلك للنبىّ (صلّى اللّه عليه و آله) فأمره بالتكفير «۲». و فيه أنّه ليس نصّاً فى إيقاع الظهار فى الصيغة مقيّداً بالشهر.

و خلافاً للشيخ «۳» و ابنى إدريس «۴» و البرّاج «۵» و يظهر الإجماع من المبسوط، لصحيح سعيد الأعرج عن الكاظم (عليه السّلام): فى رجل ظاهر من امرأته يوماً، قال: ليس عليه شىء «۶». و لأنّه إذا قيّده لم يرد التحريم إلّا فى تلك المدّة، فأشبه التشبيه بمن لا يحرم عليه مؤبّداً. و لأنّ من حكم الظهار حرمة المسّ ما لم يكفّر. و ضعفهما ظاهر.

و يحتمل الخبر أنّه لا ـ شىء عليه بمجرّد الظهار، أو أنّه ليس عليه عقوبة فى الآخرة إذا عاد و كفّر، أو أنّه ليس عليه فى تقييد الظهار باليوم شىء، أى يقع الظهار و إن قيّده. على أنّ الّذى فيما رأيناه من نُسخ التهذيب «۷» مكان قوله «يوماً» فوفى، و قد قدّمناه كذلك، فلا تعلّق له بالمسألة.

فإن قصرت المدّة المضروبة للظهار عن زمان التربّص وقع و إن لم تفد المرافعة شيئاً على إشكال من العموم. و من أنّ لازم الظهار التربّص إذا رفعت ثلاثة أشهر، و هو ممنوع. و فى الإيضاح: أنّه أمر بإسقاط الإشكال من النُّسخ «۸».

---

(۱) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۴۶.

(۲) عوالى اللآلى: ج ۳ ص ۳۹۷ ح ۲.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۱۵۶.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۷۰۹.

(۵) المهذّب: ج ۲ ص ۳۰۱.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۳۱ ب ۱۶ من كتاب الظهار ح ۱۰. فيه: «فوفى» بدل: يوماً.

(۷) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۴ ح ۴۵.

(۸) إيضاح الفوائد: ج ۳ ص ۴۲۲.

و يجوز أن يراد بمدّة التربّص أربعة أشهر، فمنشأ الإشكال: من العموم. و من عدم وجوب الوطء دونها، فليس عليه إمّا الرجوع أو الطلاق. و يندفع بما عرفته من معنى الرجوع.

و إذا قلنا بوقوعه مقيّداً، فإن أوقعه كذلك يحرم وطؤها في تلك المدّة قبل الكفّارة فإن وطئ كانت عليه كفّارتان.

و لو وطئ المظاهر قبل التكفير ناسياً للظهار أو جاهلًا بالحكم فكفّارة واحدة وفاقاً للشيخ «۱» و ابن حمزة «۲». و قد عرفت المستند. و أطلق الأكثر وجوب الكفّارتين.

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۴۶۲.

(۲) الوسيلة: ص ۳۳۵.

[الباب الرابع في الإيلاء و فيه مقصدان]

اشارة

الباب الرابع في الإيلاء و هو في الأصل: الحلف، من آلوت أي: قصرت، يقال: آلى وا ئتلى و تألّى أي حلف، و الاسم: الأليّة و الألْوَة، و في الشرع: الحلف على الامتناع من وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر.

و فيه مقصدان:

[المقصد الأوّل: في أركانه، و هي أربعة]

اشارة

الأوّل: في أركانه، و هي أربعة

[الركن الأوّل: في الحالف]

الأوّل: الحالف و يعتبر فيه البلوغ و العقل و الاختيار و القصد، و يقع من المملوك للعموم سواء كانت زوجته حرّةً أو أمةً لمولاه أو لغيره.

و من الذمّيّ و غيره من الكفّار المُقرّين باللّه، و لا ينحلّ بالإسلام، خلافاً لمالك «۱» و لم يخالف الشيخ هنا في الوقوع منه «۲».

مع مجيء ما ذكره في الظهار «٣» هنا. و من الخَصيّ السليم الذكر، فإنّه يولج أشدّ من إيلاج الفحل. و من المجبوب بقى له ما يطأ به أم لا على إشكال: من العموم، و إمكان المساحقة، و هو خيرة المبسوط «۴» و التحرير «۵» و الإرشاد «۶»

---

(۱) المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۲۴.

(۲) الخلاف: ج ۴ ص ۵۲۱ مسألة ۲۰.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۵.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۱۴۳.

(۵) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶۲ س ۲۲.

(۶) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۵۷.

و التبصرة «۱» و التلخيص «۲» و الشرائع «۳».

و من انتفاء الإضرار، و كونه يميناً على ترك الممتنع، كأن يحلف لا يصعدنّ السماء، و هو خيرة المختلف «۴» [و يندفع بإمكان المساحقة إن لم يَؤل بنحو الإيلاج] «۵».

و على الأوّل فيكون فيئه كالعاجز عن الوطء لمرض، فكما يقول المريض: إذا قدرت فعلت، يقول المجبوب: لو قدرت فعلت. و فيه الفرق الظاهر بين المرض المتوقّع الزوال و غيره. و إذا عرض الجبّ في مدّة التربّص انقطع المدّة إن لم يصحّ من المجبوب ابتداءً، و إلّا فلا. و للعامّة قول باختيارها في الفسخ حينئذٍ «۶».

و من المطلّق رجعيّاً بلا خلاف كما في المبسوط «۷» لبقاء الزوجيّة و يحتسب زمان العدّة من مدّة التربّص وفاقاً للمبسوط «۸» و الخلاف «۹» و الشرائع «۱۰» و إنّما يتمّ إن كان ابتداؤها من اليمين، فإنّه إن كان من المرافعة فلا مرافعة هنا، إذ لا تستحقّ الاستمتاع. و لم يحتسبه منها في التحرير «۱۱».

و كذا لو طلّق رجعيّاً بعد الإيلاء ثمّ راجع احتسب زمان العدّة من المُدّة إن ابتدأت المدّة من اليمين، أو رفعت قبل الطلاق، وفاقاً للشرائع «۱۲» لبقاء الزوجيّة في الجملة، و التمكّن من الوطء. و خلافاً للمبسوط «۱۳» لأنّها تجرى إلى بينونة. و المدّة إنّما تضرب في زوجة كاملة. و لأنّ المدّة إنّما تضرب ليَفيء،

---

(۱) تبصرة المتعلّمين: ص ۱۵۱.

(۲) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ۳۹ ص ۵۱۱.

(۳) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۸۴.

(۴) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۵۴.

(۵) ما بين المعقوفتين ليس في ق، ن.

(۶) المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۴۱ ۵۴۲.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۴.

(۸) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۵.

(۹) الخلاف: ج ۴ ص ۵۲۱ مسألة ۱۹.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۸۹.

(۱۱) تحریر الأحکام: ج ۲ ص ۶۲ س ۳۳.

(۱۲) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۸۹.

(۱۳) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۸.

أو یُطلّق و قد طلّق. و فی الفرق بینه و بین الإیلاء فی العدّة نظر. و یقع من المظاهر فهو أولی من المطلّق، لتمام الزوجیّة.

[الرکن الثانی: فی المحلوف علیه]

الرکن الثانی: المحلوف علیه و یدخل فیه المولی منها.

و هو ترک جماع زوجته. و یشترط کونها منکوحةً بالعقد الدائم، فلا یقع بالمتمتّع بها علی الأقوی و قد مضی الکلام فیه فی النکاح و لا بالموطوءة بالملک و إنّما للحلف علی ترک جماعها حکم سائر الأیمان، إذ لا یجب علیه وطؤها، و لا لها المطالبة به و أن تکون مدخولًا بها من غیر ظهور خلاف، للأخبار کقول أحدهما (علیهما السّلام) فی صحیح محمّد بن مسلم فی غیر المدخول بها: لا یقع علیها إیلاء و لا ظهار «۱». و قول أمیر المؤمنین (علیه السّلام): لا إیلاء حتّی یدخل بها، قال: أ رأیت لو أنّ رجلًا حلف أن لا یبنی بأهله سنتین، أو أکثر من ذلک أ کان یکون إیلاء؟ «۲» و قد نصّ هنا علی الاشتراط من نصّ فی الظهار علی العدم من المفید «۳» و سلّار «۴» و ابنی زهرة «۵» و إدریس «۶» و لعلّه لکون أخبار الاشتراط فیه أکثر منها فی الظهار. و لقوله تعالی: «فَإِنْ فٰاؤُ» «۷» ففی السرائر «۸» و الغنیة «۹» و متشابه القرآن لابن شهرآشوب «۱۰» أنّ المراد به العود إلی الجماع بالإجماع، و لا عود ما لم تکن مدخولًا بها.

و یقع بالحرّة و الأمة للعموم و حقّ المرافعة لها لا للمولی،

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۵۱۶ ب ۸ من أبواب الظهار ح ۱.

(۲) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۵۳۸ ب ۶ من أبواب الإیلاء ح ۳.

(۳) المقنعة: ص ۵۲۳ ۵۲۴.

(۴) المراسم: ص ۱۶۰.

(۵) الوسیلة: ص ۳۳۵.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۷۰۹ ۷۱۹.

(۷) البقرة: ۲۲۶.

(۸) السرائر: ج ۲ ص ۷۲۱.

(۹) غُنیة النُّزوع: ص ۳۶۵.

(۱۰) متشابه القرآن و مختلفه: ج ۲ ص ۱۹۸.

و کذا طلب حقوق الزوجیّة بعد المُدّة. و یقع بالذمّیّة و الکافرة غیرها إذا أسلم دونها و هی فی العدّة کالمسلمة للعموم و بالمطلّقة

الرجعيّة كما عرفت.

و لفظه الصريح تغيّب الحشفة أو الفرج، أو مرادفاته فى الفرج و ذكر الحشفة اقتصار على أقلّ المسمّى و الإيلاج لذلك، أو مرادفاته و النيك و يختصّ البكر بالافتضاض، و نفاه فى المبسوط «۱» و الخلاف «۲» بناءً على اشتراط الدخول.

و فيه أنّ الدخول يعمّ الوطء فى الدبر، و لا دليل على اشتراطه فى القبل، نعم يجوز أن ينفى صراحته، لكون الافتضاض أعمّ ممّا بالوطء أو الإصبع، و نحو ذلك.

أمّا الجماع و الوطء فإنّه صريح فى العرف و إن لم يكن حقيقة فى الأصل فى ذلك يقع معه الإيلاء إن قصد و الأخبار الناطقة بالجماع كثيرة، و إن ذكر أنّه إنّما قصد الوطء باليد، أو الرجل، أو الاجتماع معها، أو لم يقصد شيئاً قبل، منه وفاقاً للخلاف «۳» و السرائر «۴» و الشرائع «۵».

و فى المبسوط قبل فيما بينه و بين اللّه لا فى الحكم، و أضاف إليهما الإصابة، ثمّ حكى عن بعض الناس أنّها كالمباشرة «۶».

و فى المباضعة و الملامسة و المباشرة مع النيّة إشكال، أقربه الوقوع وفاقاً للمبسوط «۷» و الخلاف «۸» و السرائر «۹» لاشتهارها فى ذلك المعنى، و ورود الأخبار بالوقوع بأخفى منها كما سيظهر. و يحتمل العدم، للأصل، و الخفاء، فإنّها و إن اشتهرت فى ذلك لكنّها ليست نصّاً فيه. أمّا الأخيرتان فظاهرتان، و أمّا الاولى

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۶.

(۲) الخلاف: ج ۴ ص ۵۱۳ ۵۱۴ مسألة ۴.

(۳) الخلاف: ج ۴ ص ۵۱۴ مسألة ۵.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۷۲۱ ۷۲۲.

(۵) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۸۳.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۶.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۶.

(۸) الخلاف: ج ۴ ص ۵۱۴ مسألة ۶.

(۹) السرائر: ج ۲ ص ۷۲۲.

فلأنها من البَضْع أى الشقّ أو البضْعة أى الطائفة، لما فى الجماع من نوع شقّ و مباشرة بضعة ببضعة. و فيه نظر، فإنّها و إن اشتقّت من ذلك، لكنّها لا تستعمل إلّا فى الجماع، فلا يكون أخفى من الجماع.

و لو قال: «لا جَمَع رأسى و رأسَكِ مِخَدّة» أو «لا ساقفتك» أو «لأُطيلنّ غيبتى عنكِ» أو لأسوءنّكِ، قيل فى المبسوط «۱» و الشرائع «۲» يقع مع القصد و هو خيرة التحرير «۳» و التلخيص «۴» و المختلف «۵» لقول الصادق (عليه السّلام) فى حسن بريد بن معاوية: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسّها و لا يجتمع رأسه و رأسها، فهو فى سعة ما لم تمض الأربعة أشهر «۶». الحديث. و فى خبر أبى الصباح الكنانىّ: الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته: و اللّه لأغيظنّك و لأسوءنّكِ «۷». و فى حسن الحلبىّ «۸» و صحيحه «۹» و خبر أبى بصير و الإيلاء أن يقول: لا و اللّه لا أُجامعكِ كذا و كذا، أو يقول: و اللّهِ لأغيظنّكِ «۱۰».

و فى الخلاف «۱۱» و السرائر «۱۲» أنّه لا يقع، و هو خيرة الإرشاد «۱۳» للأصل و الخفاء «۱۴» و خصوصاً اللفظ الأوّل. و زاد فى التحرير: الوقوع بقوله: لا أجنبت منكِ، أو لا أغتسل منكِ، و أراد لا أُجامعكِ لأغتسل، أو: لا أُجامعكِ إلّا فى الدبر،

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۶ ۱۱۷.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۸۳.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶۲ س ۲۸.

(۴) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ۳۹ ص ۵۱۱.

(۵) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۴۸ ۴۴۹.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۳ ب ۱۰ من أبواب الإيلاء ح ۱.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۲ ب ۹ من أبواب الإيلاء ح ۳.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۳۵ ب ۱ من أبواب الإيلاء ح ۱.

(۹) الكافي: ج ۶ ص ۱۳۰ ح ۲.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۲ ب ۹ من أبواب الإيلاء ح ۲. و فيه بدل «لا و اللّه»: و اللّه.

(۱۱) الخلاف: ج ۴ ص ۵۱۵ مسألة ۷.

(۱۲) السرائر: ج ۲ ص ۷۲۲.

(۱۳) إرشاد الأذهان: ج ۲ ص ۵۷.

(۱۴) في ق، ط بدل «و الخفاء»: مع الخفاء.

أو إلّا جماع سُوء، و أراد في الدبر، أو: لا أغيب الحشفة أجمع «۱» و في التلخيص «۲» بعضاً من ذلك.

و لو قال: لا وطئتُكِ في الحيض، و لا في النفاس، أو في دبركِ، فهو محسن و ليس بمُؤلٍ و ما على المُحسنين من سبيل.

[الركن الثالث: في الصيغة]

الثالث: الصيغة و لا ينعقد عندنا إلّا بأسماء اللّه تعالى لقوله (صلّى اللّه عليه و آله و سلّم): من كان حالفاً فليَحْلِف باللّه أو فليَصْمُت «۳». إلى غيره من النصوص مع التلفُّظ بالجملة القَسَمِيّة فلو قال: «لأتركنّ وطأكِ» لم يقع و إن أشعرتِ اللام بالقسم، للأصل، و انتفاء الإيلاء في الظاهر.

و يقع بأيّ لسان كان للعموم، و لا يقع إلّا مع القصد فإنّما الأعمال بالنيّات و رفع الخطأ و النسيان و ما استكره عليه.

و لو حلف بغير اللّه تعالى أو بغير أسماء صفاته المختصّة أو الغالبة لم ينعقد، كما لو حلف بالعتاق و الظهار و الصدقة و التحريم و الطلاق، كأن يقول إن وطئتكِ فعبدي حرّ، أو فأنت، أو فلانة طالق، أو كظهر أُمّي، أو محرّمة عليَّ، أو فكذا من مالي صدقة، أو وقف و الكعبة و النبيّ و الأئمّة (عليهم السّلام) و إن أثم بهتكه حرمة أسمائهم أو التزام صوم أو صلاةٍ أو صدقةٍ و غير ذلك كأن يقول: إن وطئتكِ فعليّ صوم لم ينعقد الإيلاء، و لا وجب ما التزمه، إذ ليس من صيغ الالتزام.

و كذا لا ينعقد لو أتى بصيغة الالتزام بأن قال مثلًا إن وطئتكِ فللّه عليَّ صلاة أو صوم فإنّه ليس من الإيلاء في شي‏ء، لكن يلزمه ما ألزمه إذا وطئ إن استجمع الشرائط.

(۱) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶۲ س ۲۸.

(۲) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ۳۹ ص ۵۱۱.

(۳) صحيح مسلم: ج ۳ ص ۱۲۶۷ ح ۳. و فيه بدل «فليصمت»: ليصمت.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۸، ص: ۲۶۹

و لو قال: إن وطئتك فعبدى حرّ عن الظهار لم يكن إيلاءً قصد به إنشاء التحرير معلّقاً بالوطء، أو لا، كان قد ظاهر أم لا.

لكن لو وطئ أُلزم بعتق العبد، لإقراره بعتقه عن الظهار، فإنّ كلامه فى صورة الخبر، فهو إقرار بالظهار، و بأنّه التزم عتق العبد عنه إن وطئ، فيؤاخذ بإقراره.

و هل يلزم بعتقه معجّلًا بعد الوطء؟ الأقرب المنع لأنّ الظهار لا يوجب الإلزام بالتكفير إلّا مع مطالبتها، و إذا وطئ لم يبق مطالبة، ثمّ لا يوجب الإلزام بعتق عبد بعينه، و التزام الإعتاق إن وطئها لا يقتضى المبادرة إليه بعده.

و يحتمل الإلزام، لأنّ كفّارة الظهار تصير معجّلة بالوطء، و قد تعيّنت هنا فى عتق هذا العبد بالالتزام، و لأنّ الالتزام إذا تعلّق بحقّ الغير لزمت المبادرة إليه، و العتق كذلك. و يجوز أن يريد بالتعجيل الإيقاع قبل الوطء بعد مدّة التربّص للظهار، أو عند العزم على الوطء.

و وجه القرب: أنّه لا- يتعيّن عليه بالظهار عتق هذا العبد، و إنّما التزم عتقه بعد الوطء، فإنّما يتعيّن بعده، مع احتمال أن لا يكون ظاهر إلّا معلّقاً بالوطء.

و يحتمل الإلزام، لأنّه لمّا التزم عتقه عن الظهار تعيّن عليه ذلك فى التكفير عن الظهار، كما أنّه إذا لم يقدر على غيره تعيّن عليه، و كفّارة الظهار لا- بدّ من تقديمها على الوطء، و لو أخّره عن الوطء لزمته كفّارة أُخرى، و غاية ما يلزم من تقديمه أن ينحلّ التزامه.

و يدفعه: أنّه إنّما تعيّن عليه بعد الوطء، و غاية ما يلزم من التكفير بعتق غيره قبل الوطء أن ينحلّ الالتزام، مع أنّه لا- يعارض احتمال تعليق الظهار بالوطء.

و لو قال: إن وطئتك فهو حرّ عن ظهارى إن ظاهرت، لم يقع شىء من الإيلاء، و الظهار، و التزام العتق، إذ ليس فيه شىء من صيغها عندنا و لا يُلزم بالعتق إذا وطئ.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۸، ص: ۲۷۰

و إن ظاهر و وطئ لم يُلزَم بعتقه، بل الزم بعتقه أو عتق غيره لعدم ما يعيّنه للعتق، و الكلّ عندنا ظاهر. و عند العامّة «۱» أنّه عتق معلّق بشرطين، و اختلفوا فى وقوع الإيلاء فى الحال أو بعد الظهار.

و هل يشترط تجريده عن الشرط؟ قولان: أقواهما العدم، وفاقاً للمبسوط و المختلف «۲» للعموم. قال فى المبسوط: و ليس هذا يجرى مجرى الطلاق و العتاق اللذَين قلنا: لا يقعان بصفة، لأنّ هناك مَنَعنا منه إجماع الفرقة، و ليس هاهنا ما يمنع منه، و الظواهر يتناوله «۳».

قلت: و لأنّهما إيقاعان، و التعليق ينافى الإيقاع، و الإيلاء يمين و التزام.

و الآخر للشيخ فى الخلاف «۴» و بنى حمزة «۵» و زهرة «۶» و إدريس «۷» و ابنى سعيد «۸» و المصنّف فى التحرير «۹» و الإرشاد «۱۰» و التلخيص «۱۱» للإجماع و الأخبار، و أصالة البراءة، كذا فى الخلاف. و لعلّ المراد بالأخبار أنّها تضمّنت تفسير الإيلاء، و ليس فى شىء منها تعليقه بشرط أو صفة، و بالإجماع أنّه إنّما وقع على الوقوع مطلقاً، و لا دليل على وقوعه مشروطاً. لكن ابن زهرة «۱۲» ادّعى الإجماع على اشتراط التجريد، و هو ظاهر السرائر «۱۳».

و لو آلى من زوجة، و قال للأخرى: شَرَكتكِ معها لم يكن إيلاءً فى الثانية و إن نواه، لعدم نطقه باللّه تعالى و لا عبرة بالكناية و إن اعتبرنا الكناية عن الوطء، إذ لا يمين إلّا بصريح اسمه تعالى.

---

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٢٩١.

(٢) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٥٠ ٤٥١.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ١١٧.

(۴) الخلاف: ج ۴ ص ۵١٧ مسألة ١٢.

(۵) الوسيلة: ص ٣٣۵.

(۶) غُنية النُّزوع: ص ٣۶٣.

(٧) السرائر: ج ٢ ص ٧١٩.

(٨) الجامع للشرائع: ص ۴٨۶، شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨٣.

(٩) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶٣ س ١.

(١٠) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ۵٧.

(١١) تلخيص المرام (سلسلة الينابيع الفقهيّة): ج ٣٩ ص ۵١١.

(١٢) غُنية النُّزوع: ص ٣۶٣.

(١٣) السرائر: ج ٢ ص ٧١٩.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٢٧١

و لا يقع إلّا فى إضرار اتّفاقاً كما فى الخلاف «١» و الغنية «٢» و الانتصار «٣».

فلو حلف لصلاح اللبن أو للمرض منه أو منها لم يكن إيلاءً بل كان يميناً كسائر الأيمان، و يدلّ عليه خبر السكونى عن الصادق (عليه السّلام)، إنّ رجلًا أتى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فقال: إنّ امرأتى أرضعت غلاماً و إنّى قلت: و اللّه لا أقربكِ حتّى تفطميه، فقال: ليس فى الإصلاح إيلاء «۴». و ما تقدّم من قوله (عليه السّلام): الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته: و اللّه لأغيظّنكِ و لأسوءنّكِ «۵» و قوله: الإيلاء أن يقول: و اللّه لا أُجامعكِ كذا و كذا، و يقول: و اللّه لأغيظنّكِ «۶» إن جعلنا الواو للجمع كما هو ظاهرها.

و لو قال لأربع: «و اللّه لا وطِئتكنّ» لم يكن مولياً فى الحال فإنّه إنّما التزم عدم جمعهنّ فى الوطء و لأنّ المؤلى لا يجامع إلّا بضرر، و لا ضرر عليه هنا الآن، بل له وطءُ ثلاثٍ من غير حنث، فإذا وطئهنّ فيتعيّن التحريم فى الرابعة، و يثبت لها الإيلاء بعد وطئهنّ، و لها المرافعة حينئذٍ و ليس لهنّ و لا لإحداهنّ المرافعة قبل ذلك، إذ لا تتعيّن للإيلاء إلّا الرابعة، و هى غير معيّنة قبل ذلك، و لا إيلاء من البواقى.

و تجب الكفّارة بوطء الجميع، و لو وَطِئ واحدةً قرب من الحنث، و هو محذور غير محظور و لا يصير به مولياً خلافاً لبعض العامّة «٧».

و لو ماتت إحداهنّ قبل الوطء انحلّت اليمين، بخلاف ما لو طلّق إحداهنّ أو ثلاثاً، لأنّ حكم اليمين ثابت فى البواقى، لإمكان وطء المطلّقات و لو بالشبهة. و لو وطئهنّ أو بعضهنّ حراماً، فالأقرب ثبوت

---

(۱) الخلاف: ج ۴ ص ۵۲۱ مسألة ۲۱.

(۲) غُنيۀ النُّزوع: ص ۳۶۴.

(۳) الانتصار: ص ۳۲۷ ۳۲۸.

(۴) وسائل الشيعۀ: ج ۱۵ ص ۵۳۷ ب ۴ من أبواب الإيلاء ح ۱.

(۵) وسائل الشيعۀ: ج ۱۵ ص ۵۴۲ ب ۹ من أبواب الإيلاء ح ۳.

(۶) وسائل الشيعۀ: ج ۱۵ ص ۵۴۲ ب ۹ من أبواب الإيلاء ح ۲. و فى النسخ «لا و اللّه» بدل و اللّه.

(۷) المجموع: ج ۱۷ ص ۳۱۲.

الإيلاء فى البواقى لصدق الجمع فى الوطء. و يحتمل العدم، تنزيلًا للإطلاق على المقصود شرعاً.

بخلاف ما لو وطئ الميتۀ، إذ لا حكم لوطئها لالتحاقها بالجمادات، و لذا لا يوجب المصاهرۀ على إشكال من ذلک، و خروجها عن الدخول فى الخطاب، لتركّب الإنسان من جزءين، و العمدۀ فى الخطاب هو الجزء العاقل و إن كان الوطء يتعلّق بالبدن، و هو خيرۀ المبسوط «۱» و الشرائع «۲» و التحرير «۳». و من الإطلاق.

و لو قال: «لا وطئت واحدةً منكنّ» و أراد لزوم الكفّارۀ بوطء أىّ واحدةٍ كانت أى أراد التزام عموم السلب تعلّق الإيلاء بالجميع، و ضُربت المدّۀ لهنّ عاجلًا أى من غير انتظار لأن يطأ واحدۀ فإن وطئ واحدۀ حنث، و انحلّت اليمين فى البواقى لأنّ الحنث لا يتكرّر، فظهر أنّ المؤلى منها هى التى وَطئها أوّلًا.

و لو طلّق واحدةً أو اثنتين أو ثلاثاً قبل الوطء كان الإيلاء ثابتاً فى الباقى «۴» و كذا إن مات بعضهنّ قبل الوطء بقى الإيلاء فى الباقيۀ لتعلّقه بكلّ منهنّ، و لا يحنث بوطء الميتۀ، و لا تنحلّ يمينه فى غيرها على الإشكال.

و لو قال هنا: «أردت واحدةً معيّنةً» قبل قوله لاحتمال اللفظ، و كونه أعرف بنيّته. و قد يحتمل عدم القبول فى الظاهر، لوقوع اللفظ على كلّ منهنّ، و اتّهامه فى التعيين. و على المختار يؤمر بالبيان، فإن بيّن و لم تنازعه الباقيات اختصّ حكم الإيلاء بالمعيّنۀ، و إلّا فالقول قوله مع اليمين. و إن صدّق الأُخرى أُخذ بإقراره، و لم يقبل رجوعه عنها و لا عن الاولى.

و لو أراد واحدةً مبهمةً، ففى كونه مؤلياً إشكال من العموم. و من

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۱.

(۲) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۸۸.

(۳) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۶۳ س ۲۶.

(۴) فى قواعد الأحكام بدل «فى الباقى»: فى البواقى.

الأصل و أنّ حكم الإيلاء أن يكون للمؤلى منها المطالبۀ، و هو هنا مفقود، و أيضاً من مثل ما مرّ فى الطلاق. فإن أثبتناه كان له أن يعيّن واحدةً، فيخصّ «۱» الإيلاء بها لا أنّ «۲» الإيلاء يقع من حين التعيين، فالمدّۀ تحسب من حين اليمين، لا التعيين، لعين ما مرّ فى الطلاق المبهم، أنّه يقع من حين الإيقاع.

و يقول فى التعيين هى التى أردتها الآن أو أنشأت تعيينها عن الإبهام أى بعده، و يجوز تعلّقه بكلّ من الإرادۀ و الإنشاء بالقول.

و يحتمل بعيداً أن يكون الأوّل عبارۀ التعيين إذا أراد واحدۀ معيّنۀ، فيكون «أردتها» بمعنى أردتها حين الحلف. و الثانى عبارته

إذا أراد مبهمة، و استقرّ الاصطلاح على تسمية الأوّل تبييناً، و الثانى تعييناً.
و يحتمل أن لا يكون مؤلياً بنفس الحلف، بل بعد التعيين إذا أراد مبهمة، كما فى طلاق المبهمة، بل و إذا أراد معيّنة لأنّ كلّ واحدة منهنّ ترجو أن لا تكون هى المعيّنة بعد الإبهام أو فى اليمين، فلا يمكنها المطالبة ما لم يعيّن أو يبيّن، و من حكم الإيلاء المطالبة.
و أنت خبير بأنّه أولى ممّا فى الشرحين: من أن يجعل الإشكال فى وقت الإيلاء و الاحتمال فى أصله «٣».
و لو أطلق اللفظ فعلى أىّ الاحتمالين من عموم السلب، و خصوصه يُحمل؟ إشكال من ظهور النكرة فى سياق النفى فى العموم. و من الأصل و الاحتمال.
و لو قال: «لا وَطِئت كلّ واحدة منكنّ» كان مؤلياً من كلّ واحدةٍ، كما لو آلى من كلّ واحدةٍ بانفرادها، فمن طلّقها وفاها حقّها و لم تنحلّ اليمين فى البواقى فإنّها بمنزلة أن يؤلى من كلّ منهنّ منفردة.

---

(١) فى قواعد الأحكام بدل «فيخصّ»: فيختصّ.

(٢) فى نسخة «ق ط»: لأنّ بدل لا أنّ

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٤٢٩، و كنز الفوائد: ج ٢ ص ۶۶۴.

و كذا لو وَطِئها قبل الطلاق لزمته الكفّارة، و كان الإيلاء ثابتاً فى البواقى كذا ذكر الأصحاب و غيرهم، و هو مبنىّ على أن يكون دخول الكلّ بعد النفى، ليفيد عموم النفى، و هو خلاف الظاهر، و الظاهر تقدّمه عليه، فلا يفيد إلّا نفى العموم، كقوله: لا وطِئتكنّ.
و لو قال: لا وطئتكِ سنة إلّا مرّة، لم يكن عندنا مؤلياً فى الحال، إذ له الوطء من غير تكفير و الإيلاء لا يكون إلّا إذا كان بحيث إذا وطئ لزمته الكفّارة، خلافاً لبعض العامّة «١».
فإن وطئ و قد بقى من السنة أكثر من أربعة أشهر صحّ الإيلاء، و كان له المرافعة، و إلّا بطل حكمه و وحده المرّة و تعدّدها بحسب الإيلاج و النزع الكامل، و لو لم يطأها فى السنة أصلًا لم تلزمه كفّارة، فإنّه إنّما حلف على عدم الوطء أزيد من مرّة. و احتمل الوجوب، بناءً على أنّه حلف على كلّ من النفى و الإثبات.
و كذا لو قال: لا جامعتكِ إلّا عشر مرّاتٍ أو ما زاد أو نقص، لم يكن مؤلياً ما لم يستوف العدد فإذا استوفى العدد صار مؤلياً إن بقيت من السنة المدّة أى أزيد من أربعة أشهر.
و لو قال: و اللّهِ لا جامعتك مدّة كذا إن شئتِ، فقالت: شئت انعقد الإيلاء إن قلنا بالمشروط أى وقوعه.
و هل تختصّ المشيئة بالمجلس؟ فى المبسوط أنّه الأقوى عندنا، ليكون جواباً لكلامه كالقبول فى البيع «٢». و فيه إشكال من أنّه ليس إلّا إيلاءً مشروطاً، فلا يتوقّف إلّا على تحقّق شرطه، و لا دليل على اتّحاد المجلس، فمتى وجد الشرط تحقّق الإيلاء. و من أنّها إذا أخّرت احتمل تعلّق المشيئة ببقيّة المدّة، بل هو الظاهر، فلا يتحقّق الشرط مثلًا إذا قال: لا جامعتك سنة إن شئت، كان المعنى إن شئت أن لا أُجامعك فى السنة، فإن مضت أيّام أو شهور، ثمّ قالت: شئت

---

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٣٠۵.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ١٢٩.

أن لا تجامعنى، لم يفهم منه تعلّق المشيئة بما مضى من الزمان، و إن قالت: كنت قد شئت ذلك حين قلت و إن لم أُصرّح به، لم يقبل منها، لأنّه إقرار فى حقّ الغير، و هو المختار، وفاقاً للتحرير «١».

[الركن الرابع: فى المدّة]

الركن الرابع: المدّة الإيلاء أن يحلف على الامتناع من وطئها مطلقاً لاقتضائه التأبيد، فإنّ الماهيّة لا تنتفى إلّا بأن لا توجد أبداً، فعن ابن عبّاس فإن أطلق فقد أبّد، و إن قال: على التأبيد فقد أكّد.

أو مؤبّداً أو مدّة تزيد على أربعة أشهر و لو لحظة، بالنصّ من الكتاب «٢» و السنّة «٣» و الإجماع، إذ ليس لها المطالبة بالوطء دونها، و لا يجب عليه إلّا فى كلّ أربعة أشهر، لما ورد من أنّها غاية صبرها.

أو مضافاً إلى فعل لا يحصل إلّا بعد انقضاء مدّة التربّص قطعاً عاديّاً أو ظنّاً، كقوله و هو بالعراق: حتّى أمضى إلى الهند و أعود، أو ما بقيت.

و لو قال: لا وطئتكِ أربعة أشهرٍ أو ما نقص، أو حتّى أرد إلى بغداد من الموصل و هو ممّا يحصل فى الأربعة قطعاً أو ظنّاً أو محتملًا للأمرين على السواء لم يكن مؤلياً و إن لم يحصل إلّا بعد الأربعة بأيّام أو شهور، فإنّ الإضرار بترك الوطء بعد غاية صبرها معتبر، و لم يتحقّق هنا. و للعامّة قول بالوقوع بالأربعة «٤» و آخر بما دونها «٥».

و لو قال: حتّى أدخل الدار و هو يتمكّن منه كلّما أراد فليس بإيلاء و إن عزم على أن لا يدخلها سنة مثلًا لإمكان التخلّص من التكفير بالدخول، و هو مناف للإيلاء فإنّ من حكمه أن لا يكون له الوطء إلّا بأن يكفّر بعده.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶۴ س ١١.

(٢) البقرة: ٢٢۶.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٣٩ ۵۴١ ب ٨ من أبواب الإيلاء.

(۴) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ۵٠۵.

(۵) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ۵٠۵.

و لو حلف لا يطؤها أربعة أشهرٍ فما دون، ثمّ أعاد اليمين فى آخر الشهر «١» مرّة أُخرى، و لم يزل يفعل كذلك لم يكن مؤلياً و إن إثم، إلّا على وجه يأتى فيمن وجب عليه الوطء بعد شهر، فحلف لا يطؤها إلى شهرين.

و لو قال: و اللّه لا أُجامعكِ أربعة أشهر فإذا انقضت فو اللّهِ لا أُجامعكِ أربعة أشهر و هكذا لم يكن مؤلياً وفاقاً للمبسوط «٢» و إن تحقّق الإضرار فإنّ المطالبة بعد المدّة أى أربعة أشهر تقع بعد انحلال اليمين فلا يمكنها المطالبة بالفئة عن اليمين الاولى، و ليس لها المطالبة بها عن الثانية، إذ لم يوجد التربّص لها. و يحتمل على ذلك الوجه الوقوع و الإلزام بالوطء و التكفير و إن لم تمض مدّة التربّص للثانية.

و لو قال: و اللّه لا جامعتكِ خمسة أشهرٍ فإذا انقضت فو اللّه لا جامعتك سنةً، فهما إيلاءان أحدهما معجّل، و الآخر مؤجّل و لها المرافعة لضرب مدّة التربّص عقيب اليمين لأنّ الأُولى معجّلة.

فلو رافعته فماطل حتّى انقضت المدّة الأولى انحلّت اليمين و إن أثم و يدخل وقت الإيلاء الثانى إن قلنا بوقوعه معلّقاً على الصفة و يكون كأنّه آلى منها الآن و لم يتقدّمه إيلاء، فيضرب له المدّة حينئذٍ إلّا على الوجه الّذى عرفته، فإمّا أن يفىء أو يدافع أو يطلّق، كما فى اليمين الاولى سواء فإن طلّق فى الخامس انحلّت اليمين الاولى راجع أم لا، فإنّه إن لم يراجع بانت، و إن راجع لم يتربّص، لأنّه ما بقى من مدّتها زمان التربّص.

فإن كان الطلاق رجعيّاً و راجع فى الخامس، أو بائناً و عقد عليها ثانياً فيه رافعته بعد مضيّه للثانى و كذا إن راجع أو استأنف العقد بعد ذلك، و قد بقى من السنة أكثر من أربعة أشهرٍ إن لم تحتسب العدّة من مدّة التربّص، و إلّا فمطلقاً فى الرجعيّة.

---

(۱) فى قواعد الأحكام بدل «فى آخر الشهر»: فى آخر الأشهر.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۸.

و لو قال: و اللّهِ لا وطئتك حتّى ينزل عيسى من السماء، أو حتّى يخرج الدجّال أو يظهر الدابّة، أو تطلع الشمس من مغربها انعقد فإنّها و إن احتملت الوقوع فى أربعة أشهر أو دونها، إلّا أنّ الغالب على الظنّ العدم، إلّا إذا حصل ما يرفع الظنّ و يسوّى الاحتمالين، أو يرجّح الوقوع.

و لو قال: حتّى يلج الجمل فى سمّ الخياط فكذلك فإنّه فى معنى التأبيد، و كذا حتّى يَبيضّ القار أو يشيب الغراب على المشهور، فقد قيل: إنّ الغراب يشيب.

و لو قال: حتّى يقدم زيد و هو يحصل فى أقلّ من أربعة أشهر أو فيها عادة لم يكن إيلاءً و إن احتمل أن لا يقدم إلى أكثر منها فإن مضت أربعة و لم يقدم لم يكن لها المطالبة، لأنّه ينتظر قدومه كلّ ساعة فلم يقصد الإضرار، و للعامّة قول بأنّه ظهر بذلك أنّه مؤلٍ «۱».

و لو قال: إلى أن يموت زيد، فإن ظنّ بقاءه أزيد من المدّة انعقد، و إلّا فلا و أطلق فى المبسوط عدم الوقوع «۲» لانتفاء الظنّ بالتأخّر، و لو علّقه بموته أو موتها وقع، لأنّه التأبيد المعتبر هنا.

و لو كان الوطء يجب بعد شهر مثلًا بأن لم يطأها منذ ثلاثة أشهر فحلف أن لا يطأها إلى شهرين، ففى انعقاده نظر من القصور عن المدّة المقدّرة للإيلاء. و من أنّ الإيلاء إنّما انعقد لامتناعه من الوطء مدّة يجب عليه فى أثنائها، و الأوّل أقوى، و على الوقوع فالمدّة المضروبة شهر.

[المقصد الثانى فى أحكامه]

المقصد الثانى فى أحكامه إذا وقع الإيلاء، فإن صبرت فلا بحث، و إن رفعت أمرها إلى الحاكم، أنظره أربعة أشهرٍ لينظر فى أمره، فإن وطئ لزمته الكفّارة، و خرج عن الإيلاء فلا يجب عليه بالوطء مرّةً أُخرى كفّارة، و إن آلى مؤبّداً أو كان الوطء

---

(۱) انظر المجموع: ج ۱۷ ص ۳۰۷.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۲۷ و ۱۲۸.

الثانى فى مدّة الإيلاء اتّفاقاً، لحصول الحنث مرّة، فلا يحصل مرّةً أُخرى، و إن أمكن أن يقال بتعلّق اليمين بكلّ جزء من أجزاء

المدّة، و الحنث بالوطء فى جزء، غيره بالوطء فى جزء آخر، و كذا يخرج عنه إن طلّقها.

و ليس للزوجة مطالبته بالفئة أو الطلاق فى هذه المدّة. و لا فرق بين الحرّ و العبد، و لا بين الحرّة و الأمة فى مدّة التربّص خلافاً لمالك فى العبد، و لأبى حنيفة فى الأمة، فينصفان المدّة «١» و هى حقّ للزوج كما ينصّ عليه الآية «٢» فليست محلّا للفئة، و إن فارقها فقد أحسن، و إنّما وقت الفئة ما بعدها.

فإذا انقضت لم تُطلّق بانقضائها خلافاً لأبى حنيفة «٣» فقد جعل المدّة وقت الفئة، و قال: إذا لم يفئ فيها طلّقت طلقة بائنة. و يوافقه ظاهر قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير: فى الرجل إذا آلى من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يفئ، فهى تطليقة، ثمّ يوقف، فإن فاء فهى عنده على تطليقتين، و إن عزم فهى بائنة منه «۴».

و ليس للحاكم طلاقها عليه، خلافاً لمالك و الشافعى «۵» فى أحد قوليه. و الآية «۶» حجّة عليهما، مع الأصل، و عموم كون الطلاق بيد من أخذ بالساق.

فإذا واقفته بعد المدّة تخيّر بين الفئة و الطلاق، فإن طلّق خرج من حقّها، و يقع الطلاق رجعيّاً إن لم يكن ما يقتضى البينونة، للأصل و العمومات و الخصوصات، و هى كثيرة جدّاً، كقول الصادق (عليه السّلام) فى حسن بريد بن معاوية: فإذا مضت الأربعة أشهر و وقف فإمّا أن يفىء فيمسّها، و إمّا أن يعزم على الطلاق فيخلّى عنها حتّى إذا حاضت و طهرت من محيضها، طلّقها تطليقة قبل أن يجامعها بشهادة عدلين، ثمّ هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثة الأقراء «٧».

---

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ۵٢٧.

(٢) البقرة: ٢٢۶.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ٣٣٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵۴۴ ب ١٠ من أبواب الإيلاء ح ۴.

(۵) المغنى لابن قدامة: ج ٨ ص ۵۴٢.

(۶) البقرة: ٢٢۶.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵۴٣ ب ١٠ من أبواب الإيلاء ح ١.

و ربّما قيل بالبينونة، لقوله (عليه السّلام) فى صحيح منصور: المؤلى إذا وقف فلم يفىء طلّق تطليقة بائنة «١». و حمل على من تبين بالطلقة و كذا إن فاء خرج من حقّها.

و لو امتنع من الأمرين حُبس و ضُيِّق عليه فى المطعم و المشرب بحيث لا يمكنه الصبر عليه عادة حتّى يفىء أو يطلّق فعن حمّاد بن عثمان عن الصادق (عليه السّلام): كان أمير المؤمنين (عليه السّلام) يجعل له حظيرة من قصب يحبسه فيها و يمنعه من الطعام و الشراب حتّى يطلّق «٢». و عن غياث بن إبراهيم عنه (عليه السّلام): كان أمير المؤمنين (عليه السّلام): إذا أبى المولى أن يطلّق جعل له حظيرة من قصب و أعطاه ربع قوته حتّى يطلّق «٣».

و روى أنّه إذا امتنع ضربت عنقه؛ لعصيانه إمام المسلمين «۴». و روى أنّ أمير المؤمنين (عليه السّلام) بنى حظيرة من قصب و جعل فيها رجلًا آلى من امرأته بعد الأربعة أشهر، فقال له: إمّا أن ترجع إلى المناكحة، و إمّا أن تطلّق، و إلّا أحرقت عليك الحظيرة «۵».

و لا يُجبر على أحدهما عيناً بل تخييراً، و لا ينافى الإجبار الشرعىّ عيناً أو تخييراً وقوع الطلاق كما سبق. و قد روى أنّه إن أبى

فرَّق بينهما الإمام «۶» و يمكن أن لا يريد «۷» به الطلاق.

و لو آلى مدّة و دافع بعد الموافقة حتّى انقضت سقط الإيلاء و إن أثم و لا كفّارة مع الوطء بعدها.

و لو أسقطت حقّها من المطالبة لم يسقط بالكلّيّة، حتّى لا يجوز لها

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۴ ب ۱۰ من أبواب الإيلاء ح ۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۵ ب ۱۱ من أبواب الإيلاء ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۵ ب ۱۱ من أبواب الإيلاء ح ۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۵ ب ۱۱ من أبواب الإيلاء ح ۵.

(۵) تفسير عليّ بن إبراهيم: ج ۱ ص ۷۳ ۷۴.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۲ ب ۹ من أبواب الإيلاء ح ۴.

(۷) فى ط: يراد.

تجديدها لتجدّده أى حقّ المطالبة كلّ وقت فإنّما أسقطت ما مضى، إذ لا معنى لإسقاط ما لم يثبت.

قيل فى النهاية «۱» و المبسوط «۲» و الغنية «۳» و السرائر «۴» و الجامع «۵» و ظاهر غيرها و المدّة المضروبة من حين الترافع، لا من حين الإيلاء و ظاهر المبسوط الإجماع عليه «۶» و يدلّ عليه أنّ ضرب المُدَد إلى الحاكم. و ما فى تفسير العيّاشيّ عن العبّاس بن هلال عن الرضا (عليه السّلام): ذكر لنا أنّ أجل الإيلاء أربعة أشهر بعد ما يأتيان السلطان «۷». و ما رواه عليّ بن إبراهيم فى تفسيره فى الحسن عن أبى بصير عن الصادق (عليه السّلام): و إن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثمّ يقول له بعد ذلك: إمّا أن ترجع إلى المناكحة و إمّا أن تطلّق، فإن أبى حبسه أبداً «۸». و ليسا نصّين فى المقصود.

و ما رواه الحميرى فى قرب الإسناد عن البزنطى أنّه سأل صفوانُ الرضا (عليه السّلام) و هو حاضر عن الإيلاء، فقال: إنّما يُوقف إذا قدّمْته إلى السلطان فيُوقفه السلطان أربعة أشهر، ثمّ يقول له: إمّا أن تطلّق و إمّا أن تُمسِك «۹». و فيه نظر لعموم الآية «۱۰» و الأخبار «۱۱» و الأصل و الحكمة، فإنّها كون الأربعة غاية صبرها.

و فيئة القادر غيبوبة الحشفة فى القبل و فيئة العاجز إظهار العزم على الوطء مع القدرة بأن يقول، أو يكتب: إنّه يفيء إذا قدر، أو يُشير إليه إشارة مُفهمة.

و يُمهل العاجز زوال العذر، و القادر إن استمهل ما جرت العادة بإمهاله كخفّة المأكول و الأكل إذا كان جائعاً، أو فى حال الأكل و الراحة

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۴۶۷.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۷.

(۳) غُنية النُّزوع: ص ۳۶۵.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۷۲۰.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴۸۷.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۷.

(۷) تفسير العيّاشىّ: ج ۱ ص ۱۱۳ ح ۳۴۶.

(۸) تفسير علىّ بن إبراهيم: ج ۱ ص ۷۳.

(۹) قرب الإسناد: ص ۳۶۲.

(۱۰) البقرة: ۲۲۶.

(۱۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۳۹ ۵۴۱ ب ۸ من أبواب الإيلاء.

من التعب و منه السهر و الانتباه إذا كان نائماً، و ما قضى الشرع بإمهاله كالفراغ من الصوم و الصلاة و الإحرام. و للعامّة قول بالتقدير ثلاثة أيّام «۱».

و لو وطئ فى مدّة التربّص عامداً لزمته الكفّارة إجماعاً. و كذا بعدها على رأى وفاقاً للخلاف «۲» و النهاية «۳» و الشرائع «۴» و التبيان «۵» و مجمع البيان «۶» و روض الجنان «۷» و أحكام القرآن للراوندىّ «۸» و ظاهر الأكثر، و حكى فى الخلاف الإجماع عليه «۹» لمخالفته اليمين فتشمله العمومات. و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر منصور فى رجل آلى من امرأته فمرّت به أربعة أشهر: يُوقف فإن عزم الطلاق بانت منه و عليها عدّة المطلّقة، و إلّا كفّر يمينه و أمسكها «۱۰». و ما أرسل العيّاشىّ عنه (عليه السّلام) قال: سُئل إذا بانت المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطّاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين، و لا يقربها حتّى يكفّر يمينه «۱۱». و ما أُرسل عنه (عليه السّلام) فى بعض الكتب من قوله: إذا فاء المؤلى فعليه الكفّارة «۱۲».

و خلافاً للمبسوط «۱۳» بناءً على أنّ خلاف متعلّق اليمين إذا كان أرجح جازت المخالفة من غير كفّارة، و هنا كذلك، لوجوب الوطء بعد الأربعة أشهر، و مفارقة هذه اليمين لسائر الأيمان فى الانعقاد، و لزوم الكفّارة بالمخالفة فى مدّة التربّص و إن كان الوطء أرجح بل واجباً، إنّما ثبت فى محلّ الوفاق، و هو ما قبل الأربعة أشهر من الإيلاء أو المرافعة.

و لو وطئ ساهياً أو مجنوناً أو مشتبهة بغيرها بطل الإيلاء أى

---

(۱) المجموع: ج ۱۷ ص ۳۲۲.

(۲) الخلاف: ج ۴ ص ۵۲ مسألة ۱۸.

(۳) النهاية: ج ۲ ص ۴۶۸.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۸۷.

(۵) التبيان: ج ۲ ص ۲۳۳.

(۶) مجمع البيان: ج ۱ ۲ ص ۳۲۴.

(۷) روض الجنان: ج ۲ ص ۲۲۲.

(۸) فقه القرآن: ج ۲ ص ۲۰۱.

(۹) الخلاف: ج ۴ ص ۵۲۰ مسألة ۱۸.

(۱۰) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۷ ب ۱۲ من أبواب الإيلاء ح ۳.

(۱۱) تفسير العيّاشىّ: ج ۱ ص ۱۱۲ ۱۱۳.

(۱۲) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۳ ح ۱۰۲۹.

(۱۳) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۵.

انحلّ اليمين وفاقاً للمبسوط، لحصول المخالفة «١» و اشتراط القصد غير معلوم و إن لم يحنث بذلك، لرفع الخطأ و النسيان.
قال في المبسوط: أ لا ترى أنّ الذمّيّة إذا كانت تحت مسلم و انقطع دم حيضها كلّفت الاغتسال، فإذا فعلت حلّ له وطؤها. و إن كان هذا الغسل لا يجزيها في حقّ اللّه و إن أجزأ في حقّ الآدمي «٢».
و قد يقال: بعدم الانحلال لخروج مثل ذلك عن متعلّق اليمين، كخروج الوطء في الدبر.
و لا كفّارة عليه بهذا الفعل اتّفاقاً لعدم الحنث و لا بما يفعله بعده عامداً على ما اختاره، لانحلال اليمين.
و قد يقال: عليه الكفّارة بعد ذلك و إن قلنا ببطلان الإيلاء بناءً على ابتناء بطلان الإيلاء على أنّه ليس لها المطالبة بالفئة، لأنّه وفّاها حقّها، لكنّه لم يحنث، و عليه الكفّارة إذا حنث.
و لو اختلفا في انقضاء المدّة للتربّص و لا بيّنة صدّق مدّعي البقاء مع اليمين و يصدّق مدّعي تأخّر الإيلاء [و لو اختلفا في زمن وقوعه مع اليمين] «٣» و كذا لو اختلفا في وقت الإيلاء فالقول قول مدّعي التأخّر، للأصل فيهما.
و لو انقضت مدّة التربّص و هناك ما يمنع الوطء و هي عالمة بذلك كالحيض و المرض لم يكن لها المطالبة على رأي الشيخ «٤» فيما إذا كان العذر من جهتها لظهور عذره و كون المانع منها، و لكون العمدة في ألفية الوطء، و لا يتمكّن منه.
و يحتمل ما استحسنه المحقّق «٥» من المطالبة بفيئة العاجز فإنّ الميسور لا يسقط بالمعسور. و لتخيّره بين الفئة و الطلاق. و ربّما طلّقها إذا طالبته

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ١۴٠.
(٢) المبسوط: ج ۵ ص ١۴٠.
(٣) أثبتناه من قواعد الأحكام.
(۴) المبسوط: ج ۵ ص ١٣۵.
(۵) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٨۶.

و هو الّذي اختاره الشيخ «١» فيما إذا كان العذر من جهته. و الأقرب عدم الفرق كما فعله المصنّف.
و لو تجدّدت أعذارها أي الأعذار المانعة من الوطء من جهتها كمرضها و صومها و إحرامها في الأثناء أي أثناء مدّة التربّص قيل في المبسوط «٢» تنقطع الاستدامة عدا الحيض فإذا زالت استأنف التربّص، لمنعها من ابتداء الضرب، لأنّ المدّة إنّما تضرب إذا امتنع من الجماع لليمين، و هنا الامتناع لغيرها، و إنّما يستأنف و لا يبني على ما مضى، لوجوب المتابعة في هذه المدّة كصوم كفّارة الظهار و نحوه، و استثناء الحيض، لأنّه لو لم يستثن لم يتمّ تربّص غالباً، لكون الغالب أنّ النساء يحضن في كلّ شهر مرّة، فهو لا يمنع الابتداء و لا الاستدامة.
و لا تنقطع الاستدامة بأعذار الرجل ابتداءً و لا اعتراضاً في البين و لا يمنع من المواقفة انتهاءً باتّفاق الشيخ «٣» و غيره، و المراد بالاستدامة هنا من أوّل المدّة إلى آخرها، و بانقطاعها ما يعمّ امتناع ابتدائها، قال الشيخ: لأنّ الّذي عليها التمكين و قد فعلت، و استثنى الارتداد و الطلاق الرجعيّ، فإنّهما يمنعان الابتداء و يقطعان الاستمرار، قال: لأنّ المدّة إنّما تضرب في زوجيّة كاملة، و هذه ناقصة، لأنّه تجري إلى بينونة «۴».
و يمكن إدخال جملة «و لا ينقطع ..» إلى آخر الكلام تحت «القيل» فإنّ التحقيق أنّه ليس جواباً للشرط، و إنّما الجواب ما يفهم

ممّا فی حيّزه.

و لو جُنّ بعد ضرب المدّة احتسبت المدّة عليه و إن كان مجنوناً لأنّه إن كان عذراً فهو من إعذاره، و الزوجة كاملة الزوجيّة ممكنة.

فإن انقضت و هو مجنون تربّص به حتّى يُفيق. و لو انقضت و هو محرم أو صائم أُلزم بفيئة العاجز أو الطلاق. و للعامّة قول بإلزامه الطلاق «۵»

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۷.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۶.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۶.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۶.

(۵) المغنی لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۳۸.

لحرمة فئة القادر عليه، و لا تكفی فئة العاجز، لأنّ العذر من جهته، بخلاف المرض فإنّه من اللّه تعالى.

فإن واقع حراماً كالوطء فی الحيض أو الصوم الواجب أو الإحرام أتى بالفيئة و إن أثم لحصول الغرض، وافقته على ذلک أو لا، حرّمنا موافقتها له عليه للمعاونة على الإثم أو لا، لعدم الحرمة من جهتها.

و لو ارتدّ لا عن فطرة احتسب زمان الردّة عليه على رأی وفاقاً للمحقّق لتمكّنه من الوطء بالرجوع إلى الإسلام «۱» فهی ليست عذراً. و خلافاً للشيخ «۲» لجريانها إلى البينونة، فليست كاملة الزوجيّة، و زمان عدّتها مخالف لزمان التربّص، فإنّ انقضاءه يقتضی البينونة، و انقضاء زمان التربّص يقتضی المطالبة بالفئة و تضادّ الأثرين يقتضی تضادّ المؤثّرين. و لأنّ الامتناع من الوطء للردّة لا الإيلاء. و يندفع جميع ذلک بما ذكرناه، و بعموم النصوص، مع أنّ انقضاء العدّة إنّما يقتضی البينونة إذا استمرّ الارتداد.

و لو ادّعى الإصابة فأنكرته قُدّم قوله مع اليمين، لتعذّر البيّنة غالباً أو تعسّرها، و كونه من فعله الّذی لا يعلم إلّا من جهته، و أصالة بقاء النكاح، و عدم التسلّط على الإجبار على الطلاق. و قول الباقر (عليه السّلام) فی خبر إسحاق بن عمّار: إنّ عليّاً (عليه السّلام) سُئل عن المرأة تزعم أنّ زوجها لا يمسّها و يزعم أنّه يمسّها، قال: يحلف و يترک «۳». و قول الصادق (عليه السّلام) فيما أُرسل عنه فی بعض الكتب: فی فئة المولی إذا قال: قد فعلتُ، و أنكرتِ المرأة، فالقول قول الرجل، و لا إيلاء «۴».

و لو ظاهر ثمّ آلى أو عكس صحّا معاً لكمال الزوجيّة، و عموم الأدلّة، و انتفاء المخصّص و يوقف بعد انقضاء مدّة الظهار أی التربّص له، و هی ثلاثة أشهر.

---

(۱) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۸۷.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۱۳۸.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۴۷ ب ۱۳ من أبواب الإيلاء ح ۱.

(۴) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۲۷۴ ح ۱۰۳۲، مع اختلاف.

فإن طلّق خرج من الحقّين، و إن امتنع الزم التكفير و الوطء إن كانت كفّارته غير الصوم، و لا يتربّص به إلى انقضاء مدّة الإيلاء

لأنّه أسقط حقّه من التربّص له بالظهار، و إذا وطئ بعد التكفير للظهار كان عليه كفّارة الإيلاء و إن وطئ قبله كانت عليه ثلاث كفّارات، كفّارة للإيلاء و الباقيتان للظهار، و إن كان يكفّر بالصوم فإن صبرت أو طلّقها أو وطئها و إن كان حراماً فلا مطالبة لها. و كما يحرم عليه الوطء يحرم عليها التمكين للمعاونة على الإثم. و من العامّة من جوّزه «۱» لاختصاص التحريم به، و إن لم يطأها و لا طلّق فاء فئة المعذور إلى أن يكفّر. و من العامّة من عيّن عليه الطلاق «۲» لأنّه إذا تعذّر أحد الواجبين المخيّر فيهما تعيّن الآخر.

و لا تتكرّر الكفّارة بتكرّر اليمين، سواء قصد بالثانية التأكيد للأُولى أو المغايرة مع اتّحاد الزمان كأن يقول: «و اللّه لا وطأتك، و اللّه لا وطأتك» أو صرّح بالتأبيد فيهما، أو قال: «و اللّه لا وطأتكِ خمسة أشهر، و اللّه لا وطأتكِ خمسة أشهر» فإنّ اليمين إنّما هى مبالغة فى الفعل، أو الترك المحلوف عليه، و إنّما تغايرها بتغاير المحلوف عليه، فإذا كرّرها على محلوف عليه واحد، فإنّما زاد فى التأكيد و المبالغة، و لا يجدى قصد المغايرة، و الأصل البراءة من التكرير، و يصدق الإيلاء بالواحد و المتعدّد على السواء و إن اختلف الزمان، كأن يقول: «و اللّه لا أصبتك خمسة أشهر، و اللّه لا أصبتك سنة» أو يقول: «و اللّه لا أصبتك خمسة أشهر فإذا انقضت فو اللّه لا أصبتك خمسة». إن أوقعنا الإيلاء معلّقاً فهما إيلاءان، و يتداخلان فى الأوّل فى خمسة، و ينفرد الثانى بباقى السنة، فيتربّص به أربعة أشهر. ثمّ إن فاء أو دافع حتّى انقضت السنة انحلّا و ليس عليه بالفئة إلّا كفّارة واحدة، و إن دافع حتّى انقضت مدّة الأوّل بقى حكم مدّة الثانى. و إن طلّق ثمّ راجع أو جدّد العقد عليها و أبطلنا مدّة التربّص بالطلاق، فإن لم يبق

(۱) المجموع: ج ۱۷ ص ۳۳۸، المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۳۹.

(۲) المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۳۸.

من مدّة الثانى بعد الرجعة إلّا أربعة أشهر أو أقلّ انحلّ الثانى أيضاً، و إلّا طالبته بعد التربّص.

قال فى المبسوط: و جملته أنّ مدّة الإيلاء إذا طالت و وُقِف بعد أربعة أشهر، فإن طلّقها طلقة رجعيّة فقد وفّاها حقّها لهذه المدّة، فإن راجعها ضربنا له مدّةً أُخرى، فإذا انقضت وقف أيضاً، فإن طلّق ثمّ راجع ضربنا له مدّة أُخرى، فإذا مضت وقفناه فإن طلّقها بانت [منه] لأنّه قد استوفى الثلاث، و على هذا أبداً «۱».

و فى الثانى لا تداخل بل هما إيلاءان متباينان لكلّ منهما حكمه، فإذا انقضت أربعة أشهر طالبته، فإن فاء فى الخامس أو طلّق وفّاها حقّها من الأوّل و بقى الثانى. و كذا إن دافع حتّى انقضى الخامس انحلّ الأوّل و بقى الثانى، ثمّ له التربّص فى الثانى أربعة أشهر إن لم يكن طلّقها، أو راجعها و احتسبنا العدّة من المدّة، أو بقى أزيد من أربعة أشهر «۲».

و لو اشترى الأمة المُؤلى منها و إن أعتقها و تزوّجها لم يعد الإيلاء عندنا، لأنّه تابع للزوجيّة فيزول بزوالها و كذا لو اشترته الزوجة المؤلى منها و أعتقته ثمّ تزوّج بها و للعامّة قول بعود الإيلاء فيهما «۳».

و الذمّيّان إذا ترافعا إلينا تخيّر الحاكم فى الحكم بينهما و فى الردّ إلى حكّام «۴» مذهبهما كالمرافعة فى سائر الأحكام، للنصّ من الكتاب «۵» و السنة «۶». و للعامّة قول بفساد إيلاء الذمّىّ «۷». و آخر بوجوب الحكم «۸» لقوله تعالى: «وَ أَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ» «۹».

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۱۹.

(۲) فى ق بدل «أو»: إذا. و فى ن بدل «أو بقى أزيد من أربعة أشهر»: إذا بقى أربعة أشهر.

(۳) المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۵۰.

(۴) فى ن بدل «حكّام»: أحكام.

(۵) المائدة: ۴۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۸ ص ۲۱۸ ب ۲۷ من أبواب كيفيّة الحكم و أحكام الدعوى.

(۷) بدائع الصنائع: ج ۳ ص ۱۷۵.

(۸) المغنى لابن قدامة: ج ۸ ص ۵۲۴.

(۹) المائدة: ۴۹.

[الباب الخامس فى اللعان و هنا مقاصد ثلاثة]

اشارة

الباب الخامس فى اللعان و هو المباهلة بين الزوجين على الوجه المخصوص و أصل الصيغة يقتضى أن يلعن كلٌّ صاحبه، و ليس كذلك، بل يلعن كلّ نفسه إن كان كاذباً، فيجوز أن يكون شبّه ذلك بلعن كلّ صاحبه، و أن يكون أُريد طرد كلّ و إبعاده صاحبه، فإنّه أصل اللعن.

و مقاصده ثلاثة:

[المقصد الأوّل فى السبب]

اشارة

الأوّل السبب و هو أمران القذف، و إنكار الولد للنصوص: من الكتاب «۱» و السنّة «۲».

خلافاً للصدوق فى الفقيه و الهداية و ظاهر المقنع، فقال: لا لعان إلّا بنفى الولد، و إذا قذفها و لم ينتف من ولدها جلّد ثمانين جلدة «۳» لخبر محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السّلام) قال: لا يكون لعان إلّا بنفى ولد، و قال: إذا قذف الرجل امرأته لاعنها «۴». و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير: لا يقع اللعان إلّا بنفى الولد «۵».

---

(۱) النور: ۶.

(۲) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۸۴ باب ۸ اللعان ح ۱ و ۸ و ..

(۳) من لا يحضره الفقيه: ج ۳ ص ۵۳۶ ذيل حديث ۴۸۵۱. و الهداية: ص ۲۷۵. و المقنع: ص ۳۵۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۰۴ ب ۹ من أبواب اللعان ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۰۴ ب ۹ من أبواب اللعان ح ۲.

و الجواب مع الضعف و المعارضة بالكتاب و الأخبار جواز إضافيّة الحصر بالنسبة إلى مقتضى المقام، و يكون المراد أنّه لا لعان

بمجرّد الشبهة و احتمال كون الولد من الغير، و يدلّ عليه نصّه (عليه السّلام) فى الخبر الأوّل باللعان إذا قذفها، و حملهُما الشيخ على أنّه لا لعان بدون دعوى المشاهدة إلّا بالنفى «۱». و بالجملة فالمعتمد أنّهما سببان.

[فهنا فصلان]

اشارة

فهنا فصلان:

[الفصل الأوّل: فى القذف]

الأوّل: القذف و إنّما يكون سبباً فى اللعان لو رمى زوجته المحصنَة أى الظاهرة العفّة المدخول بها بالزنا قُبُلًا أو دُبُراً لعموم الأدلّة و الإجماع كما فى الخلاف «۲». خلافاً لأبى حنيفة فى الدُّبُر «۳» مع دعوى المشاهدة و عدم إقامة البيّنة.

فلو رمى الأجنبيّة أو أمته أو زوجته المشهورة بالزنى أو رمى غير المدخول بها أو رمى بغير الزنى من مقدّماته أو لم يدّع المشاهدة فلا لعان.

أمّا الأوّل: فبالأصل، و الإجماع، و النصوص «۴».

و أمّا الثانى: أى رمى المشهورة بالزنى فلأنّ اللعان إنّما شرّع صوناً لعرضها من الانهتاك، و عرض المشهورة بالزنى منهتك، و لم أر من اشترطه من الأصحاب غير المصنّف و المحقّق «۵». و سيأتى الكلام فى اشتراط الدخول، و لعلّه لا خلاف فى اشتراط ادّعاء مشاهدتها تزنى، و الأخبار به كثيرة، كقول الصادق (عليه السّلام) فى حسن الحلبىّ: إذا قذف الرجل امرأته فإنّه لا يلاعنها حتّى يقول: رأيت بين رجليها رجلًا

---

(۱) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۱۸۶ ذيل حديث ۶۴۶.

(۲) الخلاف: ج ۵ ص ۱۹ مسألة ۱۸.

(۳) بدائع الصنائع: ج ۳ ص ۲۳۹.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۳، ۵۹۴ ب ۴ من أبواب اللعان.

(۵) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۹۳.

يزنى بها «۱». و ربّما احتمل أن يراد بها العلم و عدم العبرة بغلبة الظنّ.

و لفظه الصريح نحو يا زانية، أو قد زنيتِ، أو زنيت بكِ، أو زنى فرجك أو قبلك أو دبرك أو بدنك دون عينك و يدك و نحوهما، فإنّ المتبادر من زناهما النظر أو اللمس المحرّم. و للعامّة قول بكونهما من الصريح «۲».

و لفظ النيك و إيلاج الحشفة و الذكر صريح مع الوصف بالتحريم، و كذا الجماع و الوطء و المباضعة، كما مرّ فى الإيلاء.

و لا لعان عندنا بكنايات القذف للأصل مثل لستِ حرّةً، و أمّا أنا فلستُ بزانٍ و قال مالك: إن قال ذلك حال الرضا لم يكن

قذفاً، و إلّا فهو قذف «۳».
و لو قال: أنتِ أزنى الناس، أو أزنى من فلان، لم يكن قاذفاً حتّى يقول: فى الناس زناة و أنت أزنى منهم، و فلان زانٍ و أنتَ أزنى منه.
أمّا الأوّل: فلأنّ ظاهره التفضيل على جميع الناس فى الزنى، و معلوم أنّ الناس كلّهم ليسوا زناة، و كما يحتمل أن يريد أزنى زناة الناس، يحتمل إرادة نفى الزنى عنهم، بمعنى أنّه لو كان الناس كلّهم زناة فأنت أزنى منهم. و كلاهما خلاف الظاهر، إلّا أن يصرّح بأنّه أراد أزنى من زناة الناس، فيكون قاذفاً، كما فى المبسوط «۴».
و أمّا الثانى: فلأنّه إنّما تتعيّن إرادة النسبة إلى الزنى إذا تعيّن نسبة فلان إليه، و لمّا لم يصرّح به احتمل إرادة النفى، أى لو كان فلان زانياً فأنت أزنى منه، إلّا أن يفسّره بإرادة القذف. و للعامّة قول: بأنّه ليس قذفاً و إن فسّره به «۵».
و قوّى الشيخ أنّه قذف لهما بظاهره «۶» و هو أقوى، لأنّ حقيقة اسم التفضيل

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۴ ب ۴ من أبواب اللعان ح ۴.
(۲) مغنى المحتاج: ج ۳ ص ۳۷۰.
(۳) الحاوى الكبير: ج ۱۳ ص ۲۶۲.
(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۲۱۴.
(۵) الحاوى الكبير: ج ۱۳ ص ۲۶۲.
(۶) المبسوط: ج ۵ ص ۲۱۳.

الاشتراك فى أصل الفعل مع زيادة فى المفضّل، و النفى مجاز لا يحمل عليه إلّا مع القرينة الصارفة عن الحقيقة.
و على اختيار المصنّف لو ثبت زنى فلان بالبيّنة أو الإقرار و القاذف جاهل حين قال لها: أنت أزنى منه لم يكن قاذفاً، و إن كان عالماً فهو قاذف إلّا أن يدّعى غفلته أو نسيانه، فيقبل قوله بيمينه، لاندفاع الحدود بالشبهات.
و لو قال لها: يا زان فهو قاذف لصحّة إطلاق الزانى عليها بمعنى ذات الزنى. على أنّه لو سلّم كونه لحناً فلا يضرّ، لتحقّق القذف بنسبتها مع تعيينها إلى الزنى و إن وقع اللحن فى اللفظ.
و ربّما وجّه بالترخيم. و اعترض عليه: بأنّه يختصّ بالإعلام. و أُجيب بشيوع «يا صاح» و بأنّ الترخيم إنّما يُسقِط هاء التأنيث، كقوله: أ فاطم مهلًا بعض هذا التدلّل و قد أُسقطت هنا مع الياء. و أُجيب بأنّ ذلك القياس إذا كان فى آخر الكلمة حرف صحيح قبله مدّة، و يمكن إسقاط الهاء للترخيم و الياء للوقف على إحدى اللغتين فى الوقف على الناقص. و للعامّة قول بأنّه ليس بقذف «۱». و آخر بأنّه إن كان من أهل الأعراب فليس بقذف، و إلّا فهو قذف «۲».
و فى الخلاف: أنّ الّذى يقتضيه مذهبنا الرجوع إليه، فإن أراد القذف فهو قاذف، و إلّا فلا، لأصالة البراءة، و انتفاء الدليل على حكم القذف «۳».
و لو قال: رأيتكِ تزنين فهو قاذف و إن كان أعمى لأنّه صرّح بنسبتها إلى الزنى و إن كذب فى الرؤية.
نعم، لا يثبت فى طرفه اللعان، لتعذّر المشاهدة، فيتعيّن الحدّ إن لم يندفع بالإقرار أو البيّنة.
و يثبت اللعان فى طرفه أى الأعمى بنفى الولد، و لو كان له بيّنة

---

(١) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ١٠۴.

(٢) الخلاف: ج ۵ ص ٣۴ مسألة ۴١.

(٣) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ١٠٨.

فلا حدّ و لا لعان إذا أقامها.

و لو عدل عنها إلى اللعان، قيل فى الخلاف يصحّ و هو خيرة المختلف، لعموم الأخبار، و لأنّه (عليه السّلام) لاعن بين عويمر العجلانىّ و زوجته «١» من غير أن يسأل عن البيّنة «٢».

و قيل فى المبسوط «٣» و الشرائع «۴» و الجامع «۵» لا، و هو أقرب للاشتراط فى الآية بانتفاء الشهداء «۶». و لأنّه مخالف للأصل، فيقتصر على موضع اليقين. و لأنّه حجّة ضعيفة و الشهادة قويّة، و لا يعدل عن القوىّ إلى الضعيف.

و أجاب فى المختلف عن الآية: بخروجها على الغالب، فإنّ من النادر البعيد أن يكون للرجل بيّنة تصدّقه، فيعدل عنها إلى اللعان «٧».

و لو كان العقد فاسداً فلا لعان عندنا للقذف، و لا لنفى الولد بل وجب الحدّ للقذف إن لم يثبت، لأنّها أجنبيّة، و أثبته الشافعىّ «٨» لنفى الولد. و لو لم يعلم بالفساد فتلاعنا ثمّ ظهر الفساد فهل يلغى اللعان و يحدّ الزوج أو يدرأ الحدّ بما تقدّم من الشبهة؟ وجهان.

و لو طلّق رجعيّاً ثمّ قذف فى العدّة فله اللعان لأنّها زوجة، و لذا يقع الظهار و الإيلاء منها، لكنّهما لا يترتّب عليهما الحكم إلّا بالرجعة، بخلاف اللعان فلا يتوقّف عليها.

و لو كان الطلاق بائناً فلا لعان للقذف بل يحدّ لأنّها أجنبيّة و إن أضافه أى القذف أو الزنى إلى زمان الزوجيّة فإنّ العبرة بزمان القذف، لأنّه مدلول النصوص. خلافاً لبعض العامّة فأثبته مع الإضافة إلى

---

(١) سنن البيهقى: ج ٧ ص ٣٩٩.

(٢) الخلاف: ج ۵ ص ٨، ٩ مسألة ٣ مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٧١.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ١٨٣.

(۴) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٣.

(۵) الجامع للشرائع: ص ۴٨٠.

(۶) النور: ۶.

(٧) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٧١.

(٨) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١۵.

زمانها «١» و له لعانها لنفى الولد كما سيأتى.

و لو قذف الزوجة ثمّ أبانها كان له اللعان لصدق رمى الزوجة.

فلو قالت: قذفتنى قبل أن تتزوّجنى فعليك الحدّ فقال: بل بعده فلى اللعان أو قالت: قذفنى بعد ما بِنْتُ منه فقال: بل قبله قُدّم قوله لاندفاع الحدّ بالشبهة، و لأنّ القذف فعله، و لأنّ القول قوله إذا اختلفا فى أصل القذف، فكذا وقته.

و لو قالت الأجنبيّة: قذفنى، فقال: كانت زوجتى حينئذٍ، فأنكرت الزوجيّة أصلًا قُدّم قولها لأنّ الأصل عدم الزوجيّة و عدم ولاية اللعان.

و لو قذف أجنبيّة ثمّ تزوّجها وجب الحدّ و لا لعان و هو ظاهر.

و لو تزوّجها ثمّ قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح ففى اللعان قولان ففى الخلاف: نفيه، لعموم وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنٰاتِ «٢» و عدم شمول نصوص اللعان له، لأنّه لا يقال: إنّه قذف زوجته، كما أنّ من قذف مسلماً بالزنى حال كفره لا يقال: إنّه قذف مسلماً. و فى المبسوط إثباته، و هو خيرة المحقّق و المصنّف فى غير الكتاب، لعموم النصوص «٣» قلنا باعتبار بقاء مبدأ الاشتقاق فى صدق المشتقّ أو لا، فإنّه إنّما اعتبر فيها بعد تسليم اعتبار البقاء كون الرمى حين الزوجيّة، لا الرمى بما وقع حينها. و هذا معنى قوله مأخذهما اعتبار حال الزنى أو القذف فإنّ الأوّل اعتبر حال الزنى، فنفى أن يقال: إنّه قذف زوجته، فأخرجه من آية اللعان «۴» و أدخله فى آية القذف «۵». و الثانى اعتبر حال القذف فأثبته و أدخله فى آية اللعان.

و لا يجوز قذفها مع الشبهة، و لا مع غلبة الظنّ و إن أخبره الثقة أو شاع أنّها زنت، و انضمّ إلى ذلك قرائن من صفات الولد و غيرها، لأنّ عرض

---

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١۶.

(٢) النور: ۴.

(٣) الخلاف: ج ۵ ص ١۶ مسألة ١۵، و المبسوط: ج ۵ ص ١٩٣، و مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴٧١.

(۴) النور: ۶.

(۵) النور: ۴.

المؤمن كدمه. و فى الحسن عن الحلبىّ عن الصادق (عليه السّلام): أنّه نهى عن قذف من كان على غير الإسلام، إلّا أن تكون [قد] اطّلعتَ على ذلك منه «١». و فى الصحيح عن عبد اللّه بن سنان عنه (عليه السّلام): أنّه نهى عن قذف من ليس على الإسلام، إلّا أن يطّلع على ذلك منهم، و قال: أيسر ما يكون أن يكون قد كذب «٢». نعم إن تيقّن أنّ الولد من غيره وجب عليه نفيه.

و لو قذف بالسحق فالحدّ على قول أبى علىّ «٣» و المحقّق «۴» و التعزير على قول الشيخ «۵» و التقىّ «۶» و المصنّف فى التحرير «٧» و المختلف «٨» و ما يأتى فى الكتاب فيحتمل أن يريده بالحدّ، و هو الأقوى، للأصل. و لا لعان و إن ادّعى المشاهدة لقصره فى النصوص على الرمى بالزنى أو نفى الولد.

و لو قذف المجنونة بالزنى حين الإفاقة حُدّ أى استحقّت عليه الحدّ و لكن لا يُقام عليه إلّا بعد مطالبتها مع الإفاقة، و لو أفاقت صحّ اللعان، و ليس لوليّها المطالبة بالحدّ ما دامت حيّةً لأنّه ليس من الحقوق الماليّة، و لأنّ للزوج إسقاطَه باللعان الّذى لا يصحّ من الولىّ.

و إن ماتت الزوجة مجنونة أو غيرها و لم يستوف الحدّ فلوارثها المطالبة به، لأنّه من حقوق الآدميّين فيورث.

و كذا ليس للمولى مطالبة زوج أمته بالتعزير إلّا بعد موتها فله المطالبة بعده، كما ذكره الشيخ «٩» و استحسنه المحقّق «١٠» لأنّه كالوارث لها و أولى بها.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ۴٣٠ ب ١ من أبواب حدّ القذف ح ٢.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۸ ص ۴۳۰ ب ۱ من أبواب حدّ القذف ح ۱.

(۳) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ۹ ص ۲۶۸.

(۴) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۹۴.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ۱۹۵.

(۶) الكافى فى الفقه: ص ۴۱۸.

(۷) تحرير الأحكام: ج ۲ ص ۲۳۹ س ۱۴.

(۸) مختلف الشيعة: ج ۹ ص ۲۶۹.

(۹) المبسوط: ج ۵ ص ۱۹۱.

(۱۰) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۹۴.

و قد يستشكل بأنّ هذا الحقّ إن ثبت له للملك وجب ثبوته له فى حياتها، و إن ثبت للإرث فلا إرث. و دفع بأنّه إنّما يرث المال، و أمّا الحقوق الأُخر فإنّه يرثها لكونه أولى الناس بها.

و لو نسبها إلى زنى هى مستكرهة عليه أو مشتبه عليها أو نائمة ففى كونه قذفاً إشكال من أنّه إنّما نسبها إلى أمر غير ملوم عليه، و لا مأثوم فيه، و به قطع الشيخ «۱» و هو الوجه، لأنّه لا يسمّى بالزنى فى عرف الشرع. ثمّ ظاهر الشيخ التردّد فى التعزير «۲» و الأظهر التعزير للإيذاء. و من العار و انهتاك الأستار.

و لا لعان على الوجهين إلّا لنفى الولد. أمّا على الثانى: فظاهر، و أمّا على الأوّل فلأنّ اللعان على خلاف الأصل، و المتبادر من الرمى بالزنى الرمى بما لم يكن عن إكراه فيقتصر عليه. و لأنّه الّذى يوجب الانتقام منها.

و كذا لا لعان لو كان وطء شبهةٍ من الجانبين إلّا لنفى الولد، و فى الحدّ و التعزير ما عرفت.

و لو قذف نسوةً بلفظٍ واحدٍ تعدّد اللعان لأنّه يمين، و اليمين لا يتداخل فى حقّ الجماعة بلا خلاف، فإن تراضَين بمن يبدأ بلعانها بدأ بها، و إن تشاححن أُقرع، أو بدأ الحاكم بمن شاء و لا يتّحد برضاهنّ بلعانٍ واحد كما لو رضى المدّعون بيمين واحدة.

و لو قال: زنيتِ و أنتِ صغيرة، وجب التعزير للإيذاء دون الحدّ، إذ لا إثم عليها.

و فى المبسوط: إن فسّر ذلك بما لا يحتمل القذف، كأن يقول: «زنيتِ و لكِ سنتان أو ثلاث» كان كاذباً بيقين، و لا حدّ عليه، و لا تعزير قذف، و لكن تعزير سبّ و شتم، و ليس له إسقاطه باللعان. و إن فسّر بما يحتمله، كأن يقول: «زنيت و لك تسع سنين أو عشر» فهذه يتأتّى فيها الزنى فقد قذفها بالزنى، لكن لا حدّ عليه، لأنّ الصغيرة ناقصة لا يجب الحدّ برميها، و يعزّر تعزير قذف، و له إسقاطه باللعان «۳».

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۱۶.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۲۱۶.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۲۱۴ و ۲۱۵.

و إن قال: زنيتِ و أنتِ مشركة أو مجنونة فكذلك عليه التعزير إن عهد لها ذلك أى حال شرك أو جنون و إلّا يعهد لها ذلك فالحدّ فإنّه لم يقذف المشركة أو المجنونة بل المسلمة العاقلة، و ما ذكره من القيد يكون لغواً.

و يحتمل قويّاً سقوطه إذا لم يعهد، لأنّه لم يقذفها بزنا يلزمها إثمه، و إنّما جاء بمحال فكان كلامه بتمامه لغواً، لكن تستحقّ عليه التعزير للإيذاء.

و على الأوّل إذا قالت: ما زنيت و ما كنت مشركة أو مجنونة، فهل القول قوله أو قولها؟ وجهان: من أصل البراءة، و هو خيرة المبسوط «١». و من أصالة الإسلام و العقل.

و لو ادّعت عليه القذف فأنكره فأقامت شاهدين، فله أن يلاعن إن أظهر لإنكاره تأويلًا كأن يقول: إنّي كنت قلت لها: زنيتِ و بذلك شهد الشاهدان، و لكنّه ليس بقذف، لأنّي صدقت في ذلك، فإنّما أنكرت أن أكون قذفتها.

و إلّا فلا لعان، و وجب الحدّ، لأنّه باللعان يكذّب نفسه، فإن أنشأ قذفاً آخر كأن يقول: ما قذفتها و لكنّها زانية فله اللعان، و اندفع عنه ذلك الحدّ أي الحدّ لما شهدت به البيّنة أيضاً لأنّه لا يتكرّر الحدّ إذا كرّر القذف بزنا واحد، فهنا أولى إلّا إذا كان صورة إنكاره: ما قذفتُ و لا زَنيتِ، فإنّ قذفه بعده يناقض شهادة الإبراء أي شهادته ببراءتها إلّا أن تمضي مدّة يحتمل فيها طريان الزنى فله اللعان حينئذٍ.

و لو امتنعا عن اللعان فلمّا عرّضا للحدّ أو استوفى بعض الجَلدات رجعا إليه جاز للعموم، و اللعان و إن كان يميناً و لا رجوع إليها بعد النكول، لكنّه الحق هنا بالبيّنة لمفارقته لليمين في أنّ النكول عن اليمين يوجب انتقالها إلى الآخر و ليس كذلك اللعان، و مشابهة لعانه للبيّنة في إثبات الحدّ عليها.

---

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٢١٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٢٩٦

و لو حُدّ فأراد أن يلاعن بعده مُكّن منه إن كان لنفي الولد، و إلّا فلا فائدة فيه فإنّ فائدته دَرء الحدّ فلا يُمكَّن منه و كذا لا تُمكَّن المرأة منه بعد أن حُدَّت. و للعامّة وجه بنفي اللعان بعده و لو لنفي الولد «١». و آخر بثبوته و لو للقذف، لإبانة براءته من القذف «٢».

[الفصل الثاني في إنكار الولد]

الفصل الثاني في إنكار الولد و إنّما يثبت اللعان بنفي الولد إذا كان يلحقه ظاهراً و لا ينتفي عنه بنفيه بأن تضعه الزوجة بالعقد الدائم لستّة أشهرٍ فصاعداً من حين احتمال وطئه ما لم يتجاوز أقصى مدّة الحمل، و كلّ ولدٍ لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه، و لم يحتج انتفاؤه منه إلى لعانٍ، كما لو ولدته تامّاً لأقلّ من ستّة أشهرٍ من حين احتمال وطئه في النكاح أو لأكثر من أقصى مدّة الحمل لم يلحق به و انتفى منه بغير لعان إذا نفاه أو علم عدم مقاربته لها قبل النكاح لا مطلقاً، لجواز أن يكون وطئها قبله لشبهة.

و لو تزوّج المشرقيّ أي و هو في المشرق مغربيّة كذلك و أتت بولد لستّة أشهرٍ من العقد لم يلحق به، لعدم الإمكان عادة، و لا لعان لنفيه. خلافاً لبعض العامّة حيث اكتفى في الإلحاق بالعقد و قدرته على الوطء و إن لم يمكن عادة «٣».

و فرّع عليه مسائل، منها: هذه المسألة. و منها: أنّه إذا تزوّج بامرأة بحضرة القاضي و طلّقها في الحال، ثمّ أتت بولد لستّة أشهر من العقد لحق به، و لم ينتف إلّا باللعان. و منها: أنّه إذا غاب عنها زوجها و انقطع خبره، فقيل لها: إنّه مات فاعتدّت ثمّ تزوّجت. فأولدها الزوج الثاني أولاداً، ثمّ عاد الأوّل، فالأولاد لاحقون به، و لا شيء للثاني.

و من العامّة الذين وافقونا فى اعتبار إمكان الوطء، من قال: إذا مضى زمان

---

(١) لم نعثر عليه.

(٢) انظر المجموع: ج ١٧ ص ۴۵۵.

(٣) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ۵۴ المجموع: ج ٩ ص ۴۰۴ مع اختلاف.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٢٩٧

يمكن فيه قطع ما بين الزوجين من المسافة، ثمّ مضى أقلّ زمان الحمل، فإنّه يلحق به و إن علم أنّ أحداً من الزوجين لم يبرح إلى الآخر «١».

و لو دخل بها الزوج و له أقلّ من عشر سنين فولدت لم يلحق به لأنّه لم تجر العادة بإنزاله و إحباله، كما لو ولدت لأقلّ من ستّة أشهر و إن كان له عشر لحق، لإمكان البلوغ و الإنزال و الإحبال فى حقّه و لو نادراً كما أنّه يمكن الوضع لستّة أشهر و إن ندر.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١۴١۶ ه‍ ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌٨، ص: ٢٩٧

و ظاهر المبسوط «٢» و الشرائع «٣» و التحرير «۴» أنّ العبرة بالطعن فى العشر دون الإكمال، فإنّهم نفوا اللحوق لدون تسع و أثبتوه لعشر، و لا يحكم بمجرّد ذلك ببلوغه، فإنّه لا يثبت بالاحتمال، بخلاف الولد فإنّه يلحق بالاحتمال.

و لذا لو أنكر لم يلاعن إلى أن يبلغ رشيداً، فإن مات قبل البلوغ أو بعده و لم ينكره الحق به، و ورثته الزوجة و الولد، و لا عبرة بالإنكار المتقدّم على البلوغ.

و لو تزوّج و طلّق فى مجلسٍ واحدٍ قبل غيبته بل غيبتهما ثمّ مضت ستّة أشهر فولدت لم يلحقه لما عرفت من عدم إمكان الوطء فى النكاح. خلافاً لمن عرفت من العامّة.

و يلحق ولد زوجة الخَصىّ به على إشكالٍ من الإشكال فى الإنزال المُحبل و إن تحقّق منه الوطء.

و يلحق ولد زوجة المجبوب به مع سلامة الأُنثيين لسلامة أوعية المنىّ، و إنّما الذكر آلة للإيصال، و يمكن الوصول بالسحق، كما يلحق بالوطء فيما دون الفرج، لاحتمال سبق الماء إليه دون ولد [زوجة] «۵» الخَصىّ المجبوب على إشكال من انتفاء الوطء، و أوعية المنىّ، و هو خيرة

---

(١) المجموع: ج ١٧ ص ۴۰۴ مع اختلافٍ.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ١٨۵.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩۴.

(۴) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶۵ س ١٧.

(۵) لم ترد فى المخطوطات.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٢٩٨

المبسوط و التحرير «١» و الجامع «٢». و من كون المنىّ من الصلب كما فى القرآن، قال فى المبسوط: و الأوّل أقوى، لاعتبار العادة «٣».

و لو وطئ دبراً أو قبلًا و عزل لحق به الولد، و لم ينتفِ إلّا باللعان لا نعرف خلافاً من الأصحاب فى تسبّب الوطء فى الدبر لإلحاق الولد، و قد صرّح به جماعة منهم، لإمكان استرسال المنىّ إلى الرحم و إن بعد.

لكن هل يشترط فيه عدم العزل؟ منهم: من اشترطه، لكون العلوق مع ذلك فى غاية البعد، لأنّ الّذى يحتمل معه سبقه من المنىّ فى غاية القلّة. و منهم: من لم يشترطه، للاشتراك فى الإمكان و إن كان معه أبعد، و عبارة الكتاب تحتملها.

و لو تصادقا على أنّها استدخلت منيّه من غير جماعٍ فحملت منه فالأقرب عدم اللحوق، إذ لا منىّ لها هنا عادة، فإنّ العادة أنّ منيّها إنّما يصعد إلى الرحم بالجماع و إن أمكن بدونه، و العادة إنّما جرت بتكوّن الولد من المنيّين، كما نطق به القرآن و إن أمكن بدونه. و يحتمل اللحوق، لإمكان تحقّق منيّها و تخلّق الولد من منيّه خاصّة.

و بالجملة إنّما يلحق الولد إذا كان الوطء قبلًا أو دبراً أو ما فى معناه من سحق المجبوب على وجه ممكناً و الزوج قادراً عليه عادة، فلا يلحق بلا احتمال الوطء بالاستدخال، و لا بمجرّد إمكان الوطء و دخوله فى قدرة اللّه تعالى و إن لم يقدر عليه الزوج عادة كالمشرقىّ يطأ المغربيّة، و لا بمجرّد قدرته على الوطء من دون احتماله، كأن ينكحها و يطلّقها فى مجلس واحد.

و لو اختلفا بعد الدخول فى زمان الحمل تلاعنا إذا أدّى قوله إلى نفى الولد.

و لو اعترف بتولّده منه عن زِنًى بها و ذلك بأن ادّعى الطلاق قبل وطئها سرّاً احتمل اللعان لو كذّبته لصدق الرمى و نفى الولد مع كونها زوجة

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶۵ س ١٨.

(٢) الجامع للشرائع: ص ۴٨٢.

(٣) المبسوط: ج ۵ ص ١٨۶.

فى الظاهر. و العدم، لأنّه إنّما يثبت بين الزوجين، و هو ينفى الزوجيّة.

و لو طلّق و ادّعت أنّها حملت منه و أنكر الدخول قيل فى النهاية «١» إن أقامت بيّنة أنّه أرخى ستراً لاعنها، و حرمت عليه مؤبّداً و كان عليه تمام المهر لصحيح علىّ بن جعفر عن أخيه (عليه السّلام): سأله عن رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها فادّعت أنّها حامل، قال: إن أقامت البيّنة على أنّه أرخى ستراً ثمّ أنكر الولد لاعنها ثمّ بانت منه و عليه المهر كملًا «٢». و أُرسل مثله عن الصادق (عليه السّلام) فى بعض الكتب «٣». و لما مرّ من أنّ الظاهر الدخول مع الخلوة التامّة.

و إن لم تُقِم بيّنةً بذلك كان القول قوله، فكان عليه نصفه أى المهر، للأصل و لا لعان لعدم الدخول، و الشيخ و إن لم يصرّح به لكنّه مفهوم من اشتراطه الدخول.

و عليها مائة سوطٍ بعد أن يحلف باللّه أنّه ما دخل بها، قال المحقّق: و لا أرى له وجهاً «۴». و قد يوجّه: بأن انتفاء الحمل عنه بغير لعان كإقرارها، أو نكولها، أو البيّنة بزناها، و هو لا يكفى لإيجاب الحدّ، لا سيّما إذا اقتصر على نفى الولد و إنكار الدخول، فإنّه لا يتضمّن الرمى بالزنى أصلًا، فضلًا عن إيجابه الحدّ عليها.

و الأقرب وفاقاً لابن إدريس «۵» انتفاء اللعان ما لم يثبت الوطء، و لا يكفى الإرخاء و الخلوة التامّة و لا حدّ عليه بإنكاره الحمل منه إن لم يقذف، و لا أنكر ولداً يلزمه الإقرار به.

و مال فى المختلف إلى الأوّل، لصحّة الخبر، و اعتضاده بالظاهر من وطء

(١) النهاية: ج ٢ ص ۴۵۵ ۴۵۶.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ۵٩٠ ب ٢ من أبواب اللعان ح ١.

(٣) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨۴ ح ١٠٧٠.

(۴) نكت النهاية: ج ٢ ص ۴۵۶.

(۵) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٣٠٠

الصحيح مع الخلوة، و صحّة تصرّف المسلم، بخلاف ما لو خلت عن الحمل «١».

و لو كـان الزوج حاضراً وقت الولادة و سكت عن الإنكار المقدور و لو بالإرسال إلى الحاكم و إعلامه، أو الاستدعاء منه أن يرسل إليه من يسمع منه النفى، أو الإشهاد على النفى إذا لم يمكنه المسير بنفسه إلى الحاكم قيل فى المبسوط «٢» لم يكن له إنكاره بعد، إلّا أن يؤخّر بما جرت العادة به كالسعى إلى الحاكم، و انتظار الصبح، و الأكل، و الصلاة، و إحراز ماله أو يدّعى الجهل بأنّ له النفى و أمكن فى حقّه، و ذلك، لأنّه خيار، شرع لدفع الضرر، فيكون فوريّاً، لاندفاعه به كالخيار فى الفسوخ، و لوجوب المبادرة إلى نفى من ليس منه لئلّا يعرض ما يمنع منه من موت و نحوه، و لأنّه لو لم تجب المبادرة إليه لم تستقرّ الأنساب.

و يحتمل وفاقاً للخلاف «٣» و الشرائع «۴» أنّ له إنكاره ما لم يعترف به لأصل عدم الفوريّة، و عموم الأدلّة، و افتقار النفى كثيراً إلى نظر و تأمّل، و لا يتقدّر التأخير بزمان، لعدم المقدّر شرعاً. و للعامّة قول بالتقدير ثلاثة أيّام أو يومين «۵».

أمّا لو اعترف به لم يكن له إنكاره بعد إجماعاً كما لا يسمع الإنكار بعد الإقرار فى سائر الأُمور.

و لو أمسك عن نفى الحمل حتّى وضعت جاز أن ينفيه «۶» بعد الوضع إجماعاً، لاحتمال استناد الإمساك إلى الشكّ فى الحمل لكن لو قال: «علمت بالحمل و إنّما أمسكت رجاء أن يسقط أو يموت فلا أحتاج إلى النفى فأستر عليها». ففى المبسوط: ليس له النفى، لأنّ تحت هذا الإقرار رضاً منه بترك

(١) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴۶۶.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ٢٢٨ ٢٢٩.

(٣) الخلاف: ج ۵ ص ٣٠ مسألة ٣۴.

(۴) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩۵.

(۵) المجموع: ج ١٧ ص ۴١٨.

(۶) فى قواعد الأحكام بدل «جاز أن ينفيه»: جاز له نفيه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٣٠١

النفى و انتظار الانتفاء من جهة أُخرى «١». و يحتمل قريباً أن يكون له ذلك.

و كلّ من أقرّ بولد صريحاً أو فحوًى لم يكن له إنكاره بعد إذ لا فرق فى الأخذ بالإقرار بين الصريح و غيره إذا كان متحقّقاً و الصريح ظاهر، و الفحوى أن يجيب المبشّر بما يدلّ على الرضا بكونه ولده مثل أن يقال له: بارك اللّه لك فى مولودك هذا،

فيقول: آمين، أو إن شاء اللّه أو نعم أو استجاب اللّه دعاءك.

و لو قال مجيباً: بارك اللّه فيك، أو أحسن اللّه إليك، أو رزقك اللّه مثله أو جزاك اللّه خيراً، أو سرّك اللّه، أو أسمعك اللّه ما يسرّك، أو نحو ذلك لم يكن شيء من ذلك إقراراً فله نفيه بعد. و للعامّة قول بكونه إقراراً «٢».

و لو قذف امرأته و نفى الولد و أقام بيّنةً على ما قذفها به سقط الحدّ، و لم ينتف الولد إلّا باللعان فإنّ الزنى لا يستلزم انتفاء الولد.

و لو طلّقها بائناً فأتت بولدٍ يمكن أن يلحق به فى الظاهر لم ينتفِ منه إلّا بتصادقهما أو باللعان و إن لم يكن الآن زوجته، إذ لا طريق إلى الانتفاء منه إلّا ذلك. مع أنّه فى الحقيقة فى حكم نفى ولد الزوجة.

و كذا لو تزوّجت بعد الطلاق بغيره و أتت بولدٍ لدون ستّة أشهرٍ من وطء الثانى و لأقصى مدّة الحمل فما دون من فراق الأوّل لحق فى الظاهر بالأوّل، و لم ينتفِ إلّا باللعان و للعامّة قول بالانتفاء بدون اللعان «٣» لزوال الزوجيّة و الفراش.

و لو قال: لم تزن و هذا الولد ليس منّى فلا حدّ لعدم القذف و وجب اللعان للنفى. و للعامّة قول بنفى اللعان «۴» اقتصاراً فيه على المنصوص فى الآية «۵» من الرمى.

---

(١) المبسوط: ج ۵ ص ٢٣٠.

(٢) المجموع: ج ١٧ ص ۴٢٠.

(٣) انظر المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ۵۵.

(۴) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ۵١.

(۵) النور: ۶.

و لو قال: هذا الولد من زنى، أو زنت فأتت بهذا الولد منه وجب الحدّ للقذف و ثبت اللعان له و للنفى، و يكفى لهما لعان واحد.

و لو قال: ما ولدتِه و إنّما التقطتِه أو استعرتِه فقالت: بل هو ولدى منكَ لم يجب الحدّ و لم يُحكم عليه أى الولد بالولادة أو على الولادة إلّا بالبيّنة لإمكان إقامتها على الولادة. و الأصل عدمها فهى المدّعية، فكانت عليها البيّنة و تقبل فيها شهادة النساء منفردات و منضمّات، لأنّها أمر لا يطّلع عليه الرجال غالباً، فإن لم يكن لها بيّنة حلف و انتفى عنه النسب من غير لعان، إذ لم تثبت الولادة على فراشه. و إن نكل رددنا اليمين عليها، فإذا حلفت ثبتت الولادة على الفراش و لحقه إلّا أن ينفيه باللعان. و إن نكلت احتمل الوقوف إلى أن يبلغ الولد، فإنّ هذه اليمين تعلّق بها حقّها و حقّ الولد جميعاً، فإذا بلغ فإن انتسب و حلف لحق به إلّا أن ينفيه باللعان. و احتمل عدم الوقوف، لأنّها حقّها، فإذا نكلت سقطت فلا تثبت بعد.

[المقصد الثانى فى أركانه و فيه فصول ثلاثة]

اشارة

المقصد الثانى فى أركانه و فيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأوّل: فى الملاعِن]

الأوّل: الملاعِن و يشترط كونه بالغاً عاقلًا لعدم العبرة بعبارة غيرهما، و لأنّ اللعان أمّا أيمان أو شهادات، و لا يصحّ شيء منهما من غيرهما.

و لا تشترط العدالة، و لا الحرّيّة، و لا انتفاء الحدّ عن قذفٍ أو غيره عنه لعموم النصوص «١» و كون اللعان أيماناً عندنا «٢» و هي تصحّ من الكلّ. خلافاً لبعض العامّة «٣» بناءً على كون اللعان شهادات، فيعتبر في الملاعن ما يعتبر في الشاهد، و خصّوا الحدّ بكونه عن قذف؛ للنصّ على عدم قبول شهادته في الآية «۴».

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٩۵ ب ۵ من أبواب اللعان.

(٢) لم ترد في ن، ق: عندنا.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ۴٣٣.

(۴) النور: ۴.

و بخصوص المملوك أخبار كثيرة كحسن جميل بن درّاج سأل الصادق (عليه السّلام) عن الحرّ بينه و بين المملوكة لعان؟ فقال: نعم، و بين المملوك و الحرّة، و بين العبد و الأمة، و بين المسلم و اليهوديّة و النصرانيّة «١». و عن السكوني عن جعفر، عن أبيه، أنّ عليّاً (عليه السّلام) قال: ليس بين خمس من النساء، و بين أزواجهنّ ملاعنة: اليهوديّة تكون تحت المسلم فيقذفها، و النصرانيّة و الأمة تكون تحت الحرّ فيقذفها، و الحرّة تكون تحت العبد فيقذفها، و المجلود في الفرية، لأنّ اللّه يقول: «وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً» و الخرساء ليس بينها و بين زوجها لعان، إنّما اللعان باللسان «٢». و نحوه في الخصال، عن سليمان بن جعفر البصري، عن جعفر، عن أبيه، عن جدّه، عن عليّ صلوات اللّه عليهم «٣». و هما ضعيفان يمكن حملهما على التقيّة.

و ربّما يفهم من «النافع» وجود قولٍ باعتبار الحرّيّة «۴».

و لا يشترط الإسلام فيه في المشهور؛ للأصل و العموم، و كون اللعان أيماناً فيقبل لعان الكافر و يترتّب عليه أثره. خلافاً لأبي عليّ «۵» فاشترطه، بناءً على كون اللعان شهادات.

و الأخرس إن عُقلت إشارته قُبل لعانه بالإشارة في المشهور، كما يصحّ منه الإقرار و العقود و الإيقاعات، لعموم النصوص من الكتاب «۶» و السنّة «٧» و لأنّ اللعان إمّا يمين أو شهادة، و كلاهما من الأخرس صحيح. و في الخلاف حكى الإجماع عليه «٨».

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٩۶ ب ۵ من أبواب اللعان ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٩٨ ب ۵ من أبواب اللعان ح ١٢.

(٣) الخصال: ص ٣٠۴ ح ٨٣. و فيه بدل «سليمان بن جعفر»: سليمان بن حفص.

(۴) المختصر النافع: ص ٢١١.

(۵) حكاه عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴۵۵.

(۶) النور: ۶.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٨۶ ب ١ من أبواب اللعان.

(٨) الخلاف: ج ۵ ص ١٢ ١٣ مسألة ٨.

و توقّف فيه ابن إدريس «١» و المصنّف فى التحرير «٢» و المختلف «٣» لاختصاصه بألفاظ مخصوصة، و انتفاء الرمى منه، و يؤيّده تعليل نفيه عن الخرساء فى الخبر المتقدّم، بأنّ اللعان إنّما يكون باللسان. و قد روى فى بعض الكتب عن أمير المؤمنين (عليه السّلام) أنّه قال: الخرساء و الأخرس ليس بينهما لعان، لأنّ اللعان لا يكون إلّا باللسان «۴».

و ظاهر أنّه إلّا يعقل إشارته فلا لعان.

و لو انقطع كلامه بعد القذف و قبل اللعان صار كالأخرس، لعانه بالإشارة و إن لم يحصل اليأس من نطقه لأنّه فورىّ، و الأصل البراءة من التربّص إلى البرء. و للعامّة قول بالتربّص إن رجى البرء «۵».

و لا بدّ من الزوجيّة، فلا يقبل لعان الأجنبىّ، بل يجب عليه حدّ القذف إن لم يأت بالبيّنة.

و لو ادّعى عليه الولد للشبهة فأنكره انتفى عنه، و لم يثبت اللعان و إن اعترف بالوطء لأنّه نفى ولد من غير الزوجة.

أمّا لو اعترف بالوطء و نفى وطء غيره، و استدخال المنىّ من غيره سقط اللعان «۶» و إن لم تدّع عليه أنّه ولده بالشبهة و أُلحق به و كان إنكاره لغواً.

و لو ارتدّ فلاعن، ثمّ عاد إلى الإسلام فى العدّة عرف صحّته لظهور بقاء الزوجيّة و إن أصرّ على الكفر ظهر بطلانه لظهور البينونة، فلا يحرم عليه إن رجع إلى الإسلام.

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ٧٠١.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ۶۴ س ٢٨.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٧ ص ۴۶۴.

(۴) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٣ ح ١٠۶۶. و فيه رواه عن جعفر بن محمّد (عليهما السّلام).

(۵) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ١١.

(۶) فى قواعد الأحكام بدل «سقط اللعان و أُلحق به»: ففى سقوط اللعان نظر.

و لو ظنّ صحّة النكاح الفاسد فلاعن لم يندفع الحدّ باللعان الفاسد على إشكال من فساد اللعان و ظهور الأجنبيّة. و من الحكم بالسقوط حين لاعن، و لعلّه يكفى فى درء الحدّ.

و كذا لا يندفع عن المرتدّ المصرّ الملاعن فى ارتداده على إشكال من الإشكال فى أنّها فى العدّة كالمطلّقة الرجعيّة، لإمكان الزوج من الرجوع بالرجوع إلى الإسلام. أو كالبائن، لكشف الإصرار عن البينونة من الارتداد.

و لو قذف الطفل فلا حدَّ و لا لعان، و كذا المجنون و عن أمير المؤمنين (عليه السّلام): لا لعان بين الصبيّين حتّى يُدركا، و إن أدركا لم يتلاعنا فيما رمى به امرأته و هما صغيران «١».

و لو أتت امرأته أى المجنون بولدٍ لحق به نسبه، و لا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله، فإذا عقل كان له نفيه حينئذٍ و استلحاقه. و لو ادّعى أنّ القذف كان حال جنونه صُدِّق إن عُرف منه ذلك مع يمينه، لأصالة البراءة، و اندراء الحدود بالشبهات و إلّا فلا بل القول قول المقذوفة مع يمينها، لأنّ الظاهر معها.

و لو لاعن الأخرس بالإشارة ثمّ نطق فأنكر القذف و اللعان لم يُقبل إنكار القذف و لا اللعان فيما له، لأنّ الإشارة فى حقّه بمنزلة النطق.

و يُقبل الإنكار فى اللعان فيما عليه، فيطالب بالحدّ، و يلحقه النسب، بمعنى أنّه يرثه الولد و لا يرث هو الولد، و لا تعود الزوجيّة،

فإن قال مع الإنكار أنا أَلاعن للحدّ و نفى النسب فالأقرب إجابته، لأنّه إنّما لزمه بإقراره أنّه لم يلاعن و لم يلزمه أن لا يكون له اللعان، و أدلّة إثباته عامّة. فإذا أراد أن يلاعن أُجيب و يحتمل العدم ضعيفاً؛ للحكم شرعاً بوقوع اللعان.

---

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٣ ح ١٠۶۵.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٣٠۶

[الفصل الثانى فى الملاعنة]

الفصل الثانى فى الملاعنة و يعتبر فيها: البلوغ، و كمال العقل، و السلامة من الصمم و الخرس للأخبار كما سمعته من الأخبار عن أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى الخرساء. و نحوها أخبار أُخر «١».

و صحيح أبى بصير قال: سُئل أبو عبد اللّه (عليه السّلام) عن رجل قذف امرأته بالزنى و هى خرساء أو صمّاء، لا تسمع ما قال، قال: إن كان لها بيّنة تشهد عند الإمام جلّد الحدّ و فرّق بينه و بينها، و لا تحلّ له أبداً، و إن لم يكن لها بيّنة فهى حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه «٢». كذا فى نكاح التهذيب «٣» و فى اللعان منه «۴». و فى الكافى: و هى خرساء صمّاء «۵» بحذف لفظة «أو» و الخبر واحد متناً و سنداً. فالظاهر زيادة لفظة «أو» فى كتاب النكاح، و حينئذٍ لا يكون لنا خبر يدلّ على نفى اللعان إذا كانت صمّاء خاصّة، إلّا أن يفهم من قوله (عليه السّلام): «لا تسمع ما قال» أو يكون انعقد الإجماع على عدم الفرق بين الخرس و الصمم.

و أن تكون زوجةً بالعقد الدائم فى المشهور، و قد عرفت الخلاف فى المتعة.

و الأقرب عدم اشتراط الدخول للعموم. و قيل فى الخلاف «۶» و النهاية «٧» و التبيان «٨» و الغنية «٩» و الوسيلة «١٠» و الجامع «١١» و غيرها: يشترط، و حكى عليه الإجماع فى الخلاف «١٢» و ظاهر التبيان «١٣» و أحكام القرآن للراوندى «١۴».

---

(١) الجعفريّات: ص ١١۴ دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۶٠٣ ب ٨ من أبواب اللعان ح ٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٧ ص ٣١٠ ح ١٢٨٨.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٩٣ ح ۶٧۵.

(۵) الكافى: ج ۶ ص ١۶۶ ح ١٨.

(۶) الخلاف: ج ۵ ص ۴٩ مسألة ۶٩.

(٧) النهاية: ج ٢ ص ۴۵۴.

(٨) تفسير التبيان: ج ٧ ص ۴١٢.

(٩) غُنية النُّزوع: ص ٣٧٨.

(١٠) الوسيلة: ص ٣٣۶.

(١١) الجامع للشرائع: ص ۴٧٩.

(١٢) الخلاف: ج ۵ ص ۴٩ مسألة ۶٩.

(۱۳) تفسير التبيان: ج ۷ ص ۴۱۲.

(۱۴) فقه القرآن للراوندى: ج ۲ ص ۲۰۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۸، ص: ۳۰۷

و يؤيّده الأخبار، كقول الباقر (عليه السّلام) فى خبر محمّد بن مسلم: لا تكون الملاعنة و لا الإيلاء إلّا بعد الدخول «۱». و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير: لا يقع اللعان حتّى يدخل الرجل بأهله «۲». و فى خبر محمّد بن مصادف: لا يكون ملاعناً حتّى يدخل بها «۳».

و قيل فى السرائر يشترط فى نفى الولد دون القذف و عليه حمل كلام الأصحاب، قال: لأنّ قبل الدخول القول قول الزوج مع يمينه، و لا يلحق الولد به بلا خلاف بين أصحابنا. و لا يحتاج فى نفيه إلى لعان «۴» و استحسنه فى المختلف «۵».

و يثبت بين الحرّ و المملوكة عند الأكثر، للأصل، و العمومات، و نحو صحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السّلام) عن الحرّ يلاعن المملوكة؟ قال: نعم إذا كان مولاها الّذى زوّجها إيّاه «۶». و حسن جميل بن درّاج سأل الصادق (عليه السّلام) عن الحرّ بينه و بين المملوكة لعان؟ قال: نعم «۷».

و روى المنع فى صحيح عبد اللّه بن سنان عن الصادق (عليه السّلام) قال: لا يلاعن الحرّ الأمة، و لا الذمّيّة، و لا التى يتمتّع بها «۸». و فيما مضى من الخبرين عن أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى خمس لا لعان بينهنّ و بين أزواجهنّ «۹» و أفتى به المفيد «۱۰». و حمل على ملك اليمين أو التقيّة.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۱ ب ۲ من أبواب اللعان ح ۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۰ ب ۲ من أبواب اللعان ح ۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۱ ب ۲ من أبواب اللعان ح ۴. و فيه بدل «مصادف»: مضارب.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۶۹۸.

(۵) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۶۱ ۴۶۲.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۶ ۵۹۷ ب ۵ من أبواب اللعان ح ۵.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۶ ب ۵ من أبواب اللعان ح ۲.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۶ ب ۵ من أبواب اللعان ح ۴.

(۹) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۹۸ ب ۵ من أبواب اللعان ح ۱۲.

(۱۰) المقنعة: ص ۵۴۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۸، ص: ۳۰۸

و قيل فى الاستبصار «۱» و السرائر «۲» يثبت فى نفى الولد دون القذف و هو ظاهر المراسم «۳» للجمع، و لأنّ اللعان شرع لدفع الحدّ، و لا حدّ بقذف الأمة.

و لو قذف طفلةً لا يجامع مثلها فلا حدّ، لتيقّن كذبه، لكنّه يعزّر للسبّ لا للقذف و فى الصحيح عن أبى بصير، سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يقذف الجارية الصغيرة، قال: لا يجلّد إلّا أن تكون قد أدركت أو قاربت «۴». و عنه (عليه السّلام): لا حدَّ لمن لا حدَّ عليه «۵».

و لو كانت بنت ثمانِ سنينَ ثبت القذف لإمكان المجامعة فيحدّ و ليس لوليّها المطالبة به لما عرفت فى المجنونة و لا لها المطالبة

قبل البلوغ بل إذا بلغت طالبت و له إسقاطه باللعان.
و لو قـذف المجنونـة بزنا أضافه إلى حال الصـحّة، أو قـذفها صـحيحةً ثمّ جُنَّت لم يكن لها و لا لوليّها المطالبة بالحدّ، فإذا أفاقت طـالبت و له إسـقاطه حينئـذٍ باللعـان، و ليس له اللعـان حالـة الجنون، إذ لاـ نسب و لاـ حـدّ طولب به ينفيهما، فأمّا إن نفى ولـدها فكـذلك لا يلاعن حالـة الجنون، بل إذا أفاقت لاعنها و انتفى النسب و إلّا تُفِق كان النسب و الزوجيّـة ثابتين و للعامّة قول بأنّ له الالتعان، و هى مجنونـة للحدّ و النفى «۶» فتقع الفرقـة و ينتفى الولـد. و منهم من قال: بأنّ له الالتعان و إن لم يكن نسب و لا حدّ «۷» بأن أبرأته لنفى الفراش. و ليس بشىء، لإمكان إزالته بالطلاق.
و لو قـذف زوجته الصـمّاء أو الخرسـاء حرمتا عليه أبـداً كما عرفت فى النكاح، إلّا أن يُقيم البيّنـة و لا لعان لما تقـدّم و فى اللعان لنفى النسب

---

(۱) الاستبصار: ج ۳ ص ۳۷۵ ذيل حديث ۱۳۳۸.
(۲) السرائر: ج ۲ ص ۶۹۷ ۶۹۸.
(۳) المراسم: ص ۱۶۴.
(۴) الكافى: ج ۷ ص ۲۰۹ ح ۲۲.
(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۸ ص ۳۳۲ ب ۱۹ من أبواب مقدّمات الحدود و أحكامها العامّة ح ۱.
(۶) المجموع: ج ۱۷ ص ۳۹۵.
(۷) الحاوى الكبير: ج ۱۱ ص ۲۶.

إشكال من أنّه لا طريق إلى انتفائه سواه. و من إطلاق النصّ و الفتوى بنفى لعانها. و الأوّل أقوى.
و يصـحّ لعـان الحامل وفاقاً للأكثر، للعموم، و انتفاء المانع، و الإجماع كما فى الخلاف «۱». و لأنّه (عليه السّـلام) لاعن بين هلال بن أُميّة و زوجته الحامل «۲». و لصـحيح الحلبىّ سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل لاعن امرأته و هى حبلى قد استبان حملها، و أنكر ما فى بطنها فلمّا ولدت ادّعاه و أقرّ به و زعم أنّه منه، قال: يردّ عليه ولده و يرثه، و لا يجلّد الحدّ، لأنّ اللعان قد مضى «۳».
و ما أُرسل فى بعض الكتب عن أمير المؤمنين (عليه السّـلام) أنّه قال: إن تلاعنا و كان قد نفى الولد و الحمل إن كانت حاملًا أن يكون منه ثمّ ادّعى بعد اللعان الولدَ فإنّ الولدَ يرثه، و لا يرث هو الولدَ بدعواه بعد أن لاعَنَ عليه و نفاه «۴».
و خلافاً للمفيد «۵» و التقىّ «۶» و سلّار «۷» لخبر أبى بصير عن الصادق (عليه السّلام)، كان أمير المؤمنين (عليه السّلام) يلاعن فى كلّ حال، إلّا أن يكون حاملًا «۸».
و الجواب: مع الضـعف، أنّه إنّما يـدلّ على أنّه (عليه السّـلام) لم يكن يلاعن، و هو ليس نصّاً فى عـدم الصـحّة، و إنّما يدلّ على جواز التأخير، فلعلّه لأنّها و إن جاز لعانها لكن لو أقرّت أو نكلت عن الالتعان لم يقم عليها الحدّ إلّا بعد الوضع.
و الأمـة ليست فراشاً بالملك و لا بالوطء على أشـهر الروايتين و هى: صـحيحة عبـد اللّه بن سـنان عن الصادق (عليه السّـلام): إنّ رجلًا من الأنصـار أتى أبا جعفر (عليه السّـلام) و قال له: إنّى ابتليت بأمر عظيم، إنّ لى جاريـة كنت أطأها فوطئتُها يوماً و خرجت فى حاجة لى بعد ما اغتسلت و نسيت نفقة لى، فرجعت إلى المنزل لآخذها

---

(۱) الخلاف: ج ۵ ص ۱۸ مسألة ۱۷.

(۲) السنن الكبرى: ج ۷ ص ۴۰۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۰۷ ب ۱۳ من أبواب اللعان ح ۱.

(۴) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۲۸۲ ح ۱۰۶۲.

(۵) المقنعة: ص ۵۴۲.

(۶) الكافى فى الفقه: ص ۳۱۰.

(۷) المراسم: ص ۱۶۴.

(۸) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۰۷ ب ۱۳ من أبواب اللعان ح ۳.

فوجدت غلامى على بطنها فعددت لها من يومى ذلك تسعة أشهر فولدت جارية، فقال له أبى (عليه السّلام): لا ينبغى لك أن تُقرّبها و لا تبيعها، و لكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيّاً، ثمّ أوص عند موتك أن ينفق عليها من مالك حتّى يجعل اللّه لها مخرجاً «۱». و فى معناها أخبار كثيرة «۲».

و الرواية الأُخرى رواية الحسن الصيقل عنه (عليه السّلام): أنّه سئل عن رجل اشترى جارية ثمّ وقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها، قال: بئس ما صنع، يستغفر اللّه و لا يعود، قلت: فإنّه باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها [ثمّ باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها] «۳» فاستبان حملها عند الثالث، فقال (عليه السّلام): الولد للفراش و للعاهر الحجر «۴». و بطريق آخر عن الصيقل عنه (عليه السّلام) مثل ذلك، إلّا أنّه قال: الولد للّذى عنده الجارية و ليصبر، لقول رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله): الولد للفراش و للعاهر الحجر «۵».

و صحيح سعيد الأعرج، سأله (عليه السّلام) عن رجلين وقعا على جارية فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده الجارية، لقول رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله): الولد للفراش و للعاهر الحجر «۶». و ظاهر الشيخ موافقتها فى الاستبصار «۷» و هو صريح الجامع «۸».

و يمكن أن يكون المراد فيها تشبيهها بالفراش، و نفى الولد عن الموالى السابقين، لأصالة تأخّر الحمل، و يؤيّده ذكر قوله: «و للعاهر الحجر» مع أنّه لا عاهر هنا، و إن كان، فهو المتأخّر دون المتقدّم.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۳ ب ۵۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۳ ب ۵۵ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(۳) ما بين المعقوفتين لم يرد فى ن، ق.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۸ ب ۵۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۸ ب ۵۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۳.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۶۸ ب ۵۸ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۴.

(۷) الإستبصار: ج ۳ ص ۳۶۹ ذيل حديث ۱۳۱۹.

(۸) الجامع للشرائع: ص ۴۶۱.

و معنى نفى كونها فراشاً أنّه لا يلحق ولدها به إلّا بإقراره، و لو اعترف بوطئها فكذلك لا يلحق به الولد إلّا بإقراره، و إن ولدت

بحيث يمكن كونه من وطئه، بخلاف الزوجة الدائمة، فإنّه يحكم باللحوق و إن لم يعلم الوطء ما لم ينفه و يلاعن، و إن لم يجز له نفى ولد الأمة أيضاً إذا احتمل كونه منه، و لم يتّهِمْها تهمة ظاهرة، ففى الصحيح، أنّ سعيد بن يسار سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الجارية تكون للرجل يطيف بها و هى تخرج فتعلق، قال: يتّهمها الرجل أو يتّهمها أهله؟ قال: أمّا ظاهرة فلا، قال: إذاً لزمه الولد «۱». و نحوه أخبار «۲» أُخر.

و لا خلاف فى أنّه لو نفاه أى ولد المملوكة انتفى من غير لعان لأنّه على خلاف الأصل، فلا يثبت إلّا فى موضع النصّ، و هو الزوجة و تصيير الأمة فراشاً بالعقد الدائم من غير خلاف يظهر.

و كذا المتمتّع بها ليست فراشاً بالعقد و لا بالوطء للأصل و التشبيه بالإماء فى الأخبار، خلافاً لابن سعيد «۳».

[الفصل الثالث فى الكيفيّة]

اشارة

الفصل الثالث فى الكيفيّة و صورته أن يقول الرجل أربع مرّات: «أشهد باللّه أنّى لَمِن الصادقين فيما قذفتها به» مع تعيينها بحيث يتميّز عن الغير بالإشارة إن كانت حاضرة، و بالنسب و الأوصاف مع الغيبة، و ذلك إن كان اللعان للقذف خاصّة، و إن كان لنفى الولد خاصّة فليقل: «فى إنّ هذا الولد ليس منّى» و إن جمع بينهما جمع بينهما.

ثمّ يعظه الحاكم و يخوّفه من لعنة اللّه إذا تمّت الأربع، و يقول له: إن كان حملك على ما قلت غيرةٌ أو سببٌ آخر فراجع التوبة، فإنّ عقاب الدنيا أهون من عقاب الآخرة فإن رجع و لم يلفظ باللعن حُدَّ حدّ الفرية و سقط اللعان و بقيت الزوجيّة و لحق النسب.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۵ ب ۵۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۶۶ ب ۵۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ۵.

(۳) الجامع للشرائع: ص ۴۵۲.

و إن أصرّ قال له: قل: «إنّ لعنة اللّه علىَّ إن كنت من الكاذبين» و فى المبسوط و الوسيلة: إنّ مرّ فى اليمين أمر من يضع [يده] «۱» على فيه و يُسكّته «۲» تهويلًا لليمين «۳».

فإذا قال ذلك اندفع عنه الحدّ، و انتفى عنه النسب، و قال الحاكم للمرأة قولى إن لم تقرّ بما رماها به «أشهد باللّه أنّه لمن الكاذبين فيما رمانى به» أربع مرّاتٍ و عليها تعيين الزوج بحيث يمتاز عن غيره، و لا حاجة بها إلى ذكر الولد فإنّه انتفى بشهادات الزوج، و إنّما تلتعن لدرء الحدّ عن نفسها.

فإذا قالت ذلك وعظها و خوّفها من غضب اللّه و قال لها: إنّ عقاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فإن رجعت إلى الإقرار أو نكلت عن اليمين ارجمها، و إن أصرّت قال لها: قولى: «إنّ غضب اللّه علىَّ إن كان من الصادقين فيما رمانى به».

و فى المبسوط «۴» و الوسيلة «۵»: وعظها، فإن انزجرت و إلّا أمر من يضع يده على فيها و يعظها، فإن رجعت و إلّا تركها حتّى تمضى. قال فى المبسوط: و أمّا الوعظ أو وضع اليد على الفَم فروى أنّ النبىّ (صلّى اللّه عليه و آله) وعظ الزوج حين لاعن لمّا بلغ الخامسة و كذلك المرأة حتّى قيل: إنّها تلكّأت و كادت أن ترجع ثمّ قالت: و اللّه لا فضحت قومى و مضت فى لعانها «۶».

[و يجب فى كيفية اللعان أربعة عشر أمرا]

اشارة

و يجب فيه أُمور «٧» أربعة عشر:

[الأمر الأول إيقاعه عند الحاكم، أو من نصبه لذلک]

الأوّل: إيقاعه عند الحاكم، أو من نصبه لذلك كما نصّ عليه جماعة منهم: الشيخ «٨» و أبو عليّ «٩» لأنّه حكم شرعيّ يتعلّق به كيفيّات و أحكام و هيئات

---

(١) أضفناه من المصدر.

(٢) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٩.

(٣) الوسيلة: ص ٣٣٨.

(٤) المبسوط: ج ٥ ص ٢٠٠.

(٥) الوسيلة: ص ٣٣٨.

(٦) المبسوط: ج ٥ ص ٢٠٠.

(٧) لم يرد فى ن، ق: أُمور.

(٨) المبسوط: ج ٥ ص ١٩٧.

(٩) حكاه عنه فى مختلف الشيعة: ج ٧ ص ٤٦٩.

فيناط بالإمام و خليفته، لأنّه المنصوب لذلك كما فى المختلف «١» و لأنّ الحدّ يقيمه الحاكم فكذا ما يدرؤه. و لصحيح محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السّلام) عن الملاعن و الملاعنة كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة «٢» الحديث. و صحيح البزنطى و حسنه سأل الرضا (عليه السّلام) كيف الملاعنة؟ فقال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه و المرأة عن يساره «٣».

و ما أُرسل فى بعض الكتب عن الصادق (عليه السّلام) من قوله: و اللعان أن يقول الرجل لامرأته عند الوالى: إنّى رأيت رجلًا مكان مجلسى منها، أو ينتفى من ولدها فيقول: ليس منّى، فإذا فعل ذلك تلاعنا عند الوالى «۴». و قوله (عليه السّلام): و الملاعنة أن يشهدَ بين يَدى الإمام أربع شهادات «۵» الخبر. و ما أُرسل عنه و عن أمير المؤمنين (عليه السّلام) من قولهما: إذا تلاعن المتلاعنان عند الإمام فَرَّق بينهما «۶».

و فى المبسوط و الوسيلة و الشرائع «٧» أنّهما لو تراضيا برجلٍ من العامّة فلاعن بينهما جاز «٨» إلّا أنّه لم يصرّح فى المبسوط و الوسيلة بكونه من العامّة، و زاد فى المبسوط: أنّه يجوز عندنا و عند جماعة، و قال بعضهم: لا يجوز «٩». و هو مشعر بالاتّفاق، مع أنّه قال قبل ذلك: اللعان لا يصحّ إلّا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه «١٠». و قال أيضاً: اللعان لا يصحّ إلّا عند الحاكم أو خليفته إجماعاً «١١». فلعلّه إذا لم يحصل التراضى بغيره، أو المراد بالحاكم: الإمام، و بخلفائه: ما يعمّ الفقهاء فى الغيبة، و بمن

تراضيا عليه: الفقيه فی الغيبة، أو لا يجوز

---

(۱) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۶۹.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۸۷ ب ۱ من أبواب اللعان ح ۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۸۸ ب ۱ من أبواب اللعان ح ۵.

(۴) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۲۸۱ ح ۱۰۵۹.

(۵) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۲۸۱ ح ۱۰۶۰.

(۶) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۲۸۲ ح ۱۰۶۱.

(۷) لم يرد فی ن، ق: الشرائع.

(۸) المبسوط: ج ۵ ص ۲۲۳ و الوسيلة: ص ۳۳۸ و شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۹۸.

(۹) المبسوط: ج ۵ ص ۲۲۳.

(۱۰) المبسوط: ج ۵ ص ۱۹۷.

(۱۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۲۳.

عند كلّ من تراضيا عنده إلّا إذا لم يمكن الحاكم أو منصوبة.

و جعلهما فی المختلف قولين، و اختار عدم الجواز إلّا عند الحاكم أو من ينصبه «۱». و تردّد فی التحرير «۲». و ربّما قيل: المراد بالرجل العاميّ: الفقيه المجتهد حال حضور الإمام إذا لم يكن منصوباً منه (عليه السّلام).

و بالجملة فينبغی القول بصحّة إيقاعه من الفقيه فی زمن الغيبة، لعموم النصوص من الكتاب «۳» و السنّة «۴» و «الوالی» بل «الإمام» له. على أنّ خبری الإمام ليسا من النصوصيّة فی امتناعه من غيره فی شی‌ء. و لقضاء الضرورة بذلك. و لأنّه منصوب من قبله. و أمّا إيقاعه فی زمن الحضور و إيقاع غيره فالظاهر العدم.

و يثبت حكم اللعان إذا تلاعنا عند من رضيا به غير الحاكم و نائبه بنفس الحكم منه مثل الحاكم سواء، كما فی الشرائع «۵» و الخلاف «۶» و لعان المبسوط «۷».

و قيل فی قضاء المبسوط «۸» يعتبر رضاهما بعد الحكم و موضع تحقيقه كتاب القضاء.

[الأمر الثانی: التلفّظ بالشهادة على الوجه المذكور]

الثانی: التلفّظ بالشهادة على الوجه المذكور اتّباعاً للمنصوص المتّفق عليه فلو قال: أحلف أو أُقسم أو شهدت باللّه أو أنا شاهد باللّه أو ما شابه «۹» ذلك ك «شهادتی باللّه» أو «باللّه أشهد» أو «أُولی باللّه» لم يجز خلافاً لبعض العامّة «۱۰».

[الأمر الثالث: إعادة ذكر الولد]

الثالث: إعادة ذكر الولد فی كلّ مرّة يشهد فيها الرجل إن كان

---

(۱) مختلف الشيعة: ج ۷ ص ۴۶۹.

(۲) تحریر الأحکام: ج ۲ ص ۶۶ س ۲۳.

(۳) النساء: ۵۸.

(۴) وسائل الشیعة: ج ۱۸ ص ۹۸ ب ۱۱ من أبواب القضاء.

(۵) شرائع الإسلام: ج ۳ ص ۹۸.

(۶) الخلاف: ج ۶ ص ۲۴۱ مسألة ۴۰.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۲۲۳.

(۸) المبسوط: ج ۸ ص ۱۳۴.

(۹) فی النسخ: «أو مشابه» بدل أو ما شابه، و ما أثبتناه من المتن.

(۱۰) الحاوی الکبیر: ج ۱۱ ص ۶۰. المغنی لابن قدامة: ج ۹ ص ۶۲.

هناک ولد ینفیه، لیتمّ عدد الشهادات علیه أیضاً و لیس علی المرأة إعادة ذکره أی ذکره فی شیء من المرّات لما عرفت، و هو إعادة لما وقع بینهما قبل اللعان.

[الأمر الرابع: ذکر جمیع الکلمات]

الرابع: ذکر جمیع الکلمات الخمس فلا یقوم مُعظمها مقامها فإن حکم الحاکم بالفُرْقة بالمعظم لم ینفذ، لخروجه عن النصّ. خلافاً لأبی حنیفة فأنفذ حکمه بها بالمعظم «۱».

[الأمر الخامس: ذکر لفظ الجلالة]

الخامس: ذکر لفظ الجلالة، فلو قال: أشهد بالرحمن أو بالقادر لذاته أو بخالق البشر و نحو ذلک ممّا یخصّه تعالی فالأقرب عدم الوقوع للخروج عن النصّ و استصحاب النکاح. و یحتمل الوقوع ضعیفاً، لاتّحاد المعنی، و عدم تعیین الآیة لکون الشهادة بلفظ الجلالة نعم لو أردف ذکر اللّه تعالی بذکر صفاته وقع اتّفاقاً، و کان أولی، لاستحباب التغلیظ.

[الأمر السادس: ذکر الرجل اللعن و المرأة الغضب]

الأمر السادس: ذکر الرجل اللعن و المرأة الغضب، فلو بدّل الملاعن کلّا منهما أی أیّاً منهما بمساویه کالبُعد و الطرد المساویین للّعن أو السخط المساوی للغضب أو أحدهما بالآخر لم یقع للخروج عن النصّ و الاستصحاب. و للعامّة قول بالوقوع «۲».

[الأمر السابع: یجب أن یخبر بالصدق]

السابع: [یجب] أن یخبر بالصدق علی ما قلناه من قوله: «إنّی لمن الصادقین» اتّباعاً للنصّ.

فلو قال: «أشهد باللّه أنّی صادق» أو «من الصادقین» من غیر الإتیان بلام التأکید، أو «أنّی لصادق» أو «أنّی لَبعض الصادقین» أو «أنّها زنت» لم یقع، و کذا المرأة لو قالت: «أشهد باللّه أنّه لکاذب، أو کاذب من الکاذبین» من غیر لام التأکید لم یجز، و کذا لا یجوز أن یقول الرجل لعنة اللّه علیَّ إن کنت کاذباً أو المرأة غضب اللّه علیَّ إن کان صادقاً

(١) الحاوی الكبير: ج ١١ ص ۶١.

(٢) الحاوی الكبير: ج ١١ ص ۶١.

كلّ ذلك، للاقتصار فی خلاف الأصل على موضع النصّ «١» و الإجماع «٢».

و لعلّ تخصيص الألفاظ المعهودة على النهج المذكور، للتغليظ و التأكيد، فإنّ الشهادة تتضمّن مع القسم الإخبار عن الشهود و الحضور، و التعبير بالمضارع يقرّبه إلى الإنشاء، لدلالته على زمان الحال، و لفظ الجلالة اسم الذات المخصوص بها بلا شائبة اشتراك بوجهٍ. و من الصادقين بمعنى أنّه من المعروفين بالصدق، و هو أبلغ من نحو صادق، و كذا من الكاذبين، و لكن اختيار هذا التركيب فی الخامسة لعلّه للمشاكلة، فإنّ المناسب للتأكيد خلافه و تخصيص اللعنة به و الغضب بها، لأنّ جريمة الزنى أعظم من جريمة القذف.

[الأمر الثامن: النطق بالعربيّة مع القدرة]

الثامن: النطق بالعربيّة مع القدرة كلّا أو بعضاً موافقةً للنصّ و يجوز مع التعذّر النطق بغيرها للضرورة، و حصول الغرض من الأيمان فيفتقر الحاكم إن لم يعرف لغتهما إلى مترجمين عدلَين، و لا يكفی الواحد و لا غير العدل كما فی سائر الشهادات و لا يشترط الزائد فإنّ الشهادة هنا إنّما هی على قولهما لا على الزنى، خصوصاً فی حقّها، فإنّها تدفعه عن نفسها. و للعامّة قول باشتراط أربعة شهود «٣».

[الأمر التاسع: الترتيب]

التاسع: الترتيب على ما ذكرناه بأن يبدأ الرجل بالشهادات أربعاً ثمّ باللعن، ثمّ المرأة بالشهادات أربعاً ثمّ بالغضب اتّباعاً للنصّ، و يناسبه الاعتبار، فإنّ الدعاء باللعن و الغضب غاية التغليظ و التأكيد فی اليمين، فيناسب أن يكون آخراً. و للعامّة قول بالعدم، لحصول التأكيد بهما قُدّما أو اخّرا «۴».

[الأمر العاشر قيام كلٍّ منهما عند لفظه]

العاشر: قيام كلٍّ منهما عند لفظه وفاقاً للمقنع «۵» و المبسوط «۶» و السرائر «٧» و الشرائع «٨» لما روى أنّه (عليه السّلام) أمر عويمراً بالقيام، فلمّا تمّت شهاداته

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٨۶ ب ١ من أبواب اللعان ح ١.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ٧٠٠.

(٣) المجموع: ج ١٧ ص ۴٣٢.

(۴) المجموع: ج ١٧ ص ۴٣٨.

(۵) المقنع: ص ٣۵۴.

(۶) المبسوط: ج ۵ ص ١٩٨.

(٧) راجع السرائر: ج ٢ ص ۶٩٩.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ٩٨.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣١٧

أمر امرأته بالقيام «١». و في الفقيه أنّ في خبر: أنّه يقوم الرجل فيحلف إلى أن قال: ثمّ تقوم المرأة فتحلف «٢».

و قيل في المقنعة «٣» و النهاية «٤» و المراسم «٥» و الغنية «٦» و الوسيلة «٧» يجب قيامهما معاً بين يدي الحاكم الرجل عن يمينه و المرأة عن يمين الرجل، لحسن محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السّلام) عن الملاعن و الملاعنة كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة فيقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحذائه و يبدأ بالرجل ثمّ المرأة «٨». و حسن عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق (عليه السّلام) في الرجل الّذي ابتلي بذلك فنزلت الآية، قال: فأوقفهما رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله)، ثمّ قال للزوج .. «٩» الخبر. و لا ينصّان على اجتماعهما في القيام.

و أمّا جعل المرأة من يمين الزوج، فلصحيح البزنطي سأل الرضا (عليه السّلام) كيف الملاعنة؟ قال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة، و يجعل الرجل عن يمينه، و المرأة و الصبيّ عن يساره «١٠».

و أمّا وجوب قيامهما في الجملة، فلصحيح عليّ بن جعفر عن أخيه (عليه السّلام) سأله عن الملاعنة قائماً يلاعن أو قاعداً؟ فقال: الملاعنة و ما أشبهها من قيام «١١».

و نصّ ابن سعيد على استحبابه «١٢» و لم يتعرّض له الصدوق في الهداية، و المحقّق في النافع، فربّما لم يوجبا أيضاً، و لعلّه، للأصل، و عدم نصوصيّة ما ذكر

---

(١) تفسير القمّي: ج ٢ ص ٩٨. و فيه: قال رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) لعويمر: تقدّما إلى المنبر و التعنا.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٥٣٦ ح ٤٨٥٣.

(٣) المقنعة: ص ٥٤٠.

(٤) النهاية: ج ٢ ص ٤٥١.

(٥) المراسم: ص ١٦٣.

(٦) غُنية النُّزوع: ص ٣٧٩.

(٧) الوسيلة: ص ٣٣٨.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ من أبواب اللعان ح ٤.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٦ ب ١ من أبواب اللعان ح ١.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٧ ب ١ من أبواب اللعان ح ٢.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٨٨ ب ١ من أبواب اللعان ح ٦.

(١٢) الجامع للشرائع: ص ٤٨١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣١٨

في الوجوب، و قد أرسل في بعض الكتب عن الصادق (عليه السّلام) أنّه قال: و السنّة أن يجلس الإمام للمُتلاعنين، و يُقيمهما بين يديه كلّ واحد منهما مستقبلَ القِبلة «١».

[الأمر الحادي عشر: بدأة الرجل أوّلًا بالشهادات ثمّ باللعن و تعقّب المرأة له]

الحادى عشر: بدأة الرجل أوّلًا بالشهادات ثمّ باللعن و تعقّب المرأة له، فلو بدأت المرأة لم يجز للنصوص، و لأنّها إنّما تلاعن لدرء الحدّ عن نفسها، و لا حدّ عليها ما لم يلاعن الزوج. و للعامّة قول بجواز تقدّمها «٢».

[الأمر الثانى عشر: تعيين المرأة بما يزيل الاحتمال]

الثانى عشر: تعيين المرأة بما يزيل الاحتمال، إمّا بأن يذكر اسمها و اسم أبيها، أو يصفها بما يميّزها عن غيرها و لعلّه لا يكفى التعبير عنها بزوجتى و إن لم يكن له فى الظاهر زوجة غيرها، لاحتمال التعدّد أو يشير إليها إن كانت حاضرة إشارة مميّزة، و كذا يجب عليها تعيين الرجل، و لعلّه لم يتعرّض له اكتفاءً فى تمييزه بالزوج، لعدم احتمال التعدّد.

[الأمر الثالث عشر: الموالاة بين الكلمات]

الثالث عشر: الموالاة بين الكلمات أى الشهادات، فإن تخلّل فصل طويل لم يعتدّ بها، اقتصاراً فى خلاف الأصل على الواقع بحضرته (صلّى اللّه عليه و آله)، و لأنّها من الزوج بمنزلة الشهادات، و يجب اجتماع الشهود على الزنى. و لوجوب مبادرة كلّ منهما إلى دفع الحدّ عن نفسه و نفى الولد إن كان منتفياً، و لم أر غيره من الأصحاب ذكره. و للشافعيّة فى وجوبها وجهان «٣».

[الأمر الرابع عشر: إتيان كلّ واحد منهما باللعان بعد إلقائه]

الرابع عشر: إتيان كلّ واحد منهما باللعان بعد إلقائه أى الحاكم له عليه، فلو بادر به قبل أن يُلقّنه عليه الإمام لم يصحّ لأنّه يمين، فلو بادر به كان كما لو حلف قبل الإحلاف و للأخبار «۴» المبيّنة لكيفيّة الملاعنة، فإنّها تضمّنت ذلك، و لأنّ الحدّ لا يقيمه إلّا الحاكم، فكذا ما يدرؤه.

[مستحبات اللعان و هى سبعة أمور]

اشارة

و أمّا المستحبّ فأُمور سبعة:

[الأوّل: جلوس الحاكم مستدبر القبلة]

الأوّل: جلوس الحاكم مستدبر القبلة، ليكون وجههما إليها فيكون أدخل فى التغليظ.

---

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٨١ ح ١٠۶٠.

(٢) الحاوى الكبير: ج ١١ ص ۵٧.

(٣) انظر مغنى المحتاج: ج ٣ ص ٣٧۶.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٨٧ ب ١ من أبواب اللعان ح ۴.

[الثانى من المستحبات: وقوف الرجل عن يمين الحاكم]

الثاني: وقوف الرجل عن يمين الحاكم و المرأة عن يمين الرجل إن قاما معاً، و قد سمعت من الأخبار «۱» ما تضمّن الأمرين.

[الثالث من المستحبات: حضور من يسمع اللعان]

الثـالث: حضور من يسـمع اللعان غير الحاكم، لوقوعه كـذلك بحضـرته (صـلّى اللّه عليه و آله)، و ليعرف الناس ما يجرى عليهما من الفراق المؤبّد أو حكم القـذف أو ثبوت الزنى، و لـذا قيـل: إنّ الأقلّ أربعـة نفر «۲» بعدد شـهود الزنى. و لمناسـبته التغليظ و ارتداعهما عنه.

[الرابع من المستحبات وعظ الحاكم و تخويفه بعد الشهادات قبل اللعن]

الرابع: وعظ الحاكم و تخويفه بعد الشهادات قبل اللعن للرجل.
و كذا المرأة قبل الغضب كما فعل (صلّى اللّه عليه و آله).

[الخامس من المستحبات: التغليظ بالمكان]

الخـامس: التغليـظ بالمكـان، بـأن يلاـعن بينهمـا فى أشـرف البقاع فى أرض الملاعنـة فإن كان بمكّـة فبين الركن و المقام و هو الحطيم.
و إن كان ببيت المقدس ففى المسـجد عند الصـخرة، و إن كان بالمدينة فعند منبر النبيّ (صلّى اللّه عليه و آله) بينه و بين القبر، و الأخبار الناطقة بشـرف هذه البقاع كثيرة معروفة، قال فى المبسوط: و قال قوم على المنبر، و روى أنّ رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) لا عن بين رجل و امرأة على المنبر، و روى جابر بن عبـد اللّه الأنصاريّ أنّ النبيّ (صـلّى اللّه عليه و آله) قال: من حلف على منـبرى هـذا يمينـاً فـاجرة ليقتطـع بهـا مـالَ امرئ مسـلم و لو على سواكٍ من أراك و فى بعضـها و لو على سواكٍ و أحقر فليتبوَّأ مقعده من النار «۳» انتهى.
قلت: و قد روى أيضاً من حلف عند منبرى على يمين آثمة و لو بسواكٍ وجبت له النار «۴».
و اختلف العامّة فى صعودهما المنبر، فقيل: نعم «۵» لما ذكره الشيخ. و قيل: لا، لأنّهما أو أحدهما فاسقان لا يليقان بالصعود على منبره (صلّى اللّه عليه و آله) «۶». و الخبر محمول

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۸۷ ب ۱ من أبواب اللعان ح ۲.

(۲) نهاية المرام: ج ۲ ص ۲۳۳.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۱۹۷.

(۴) المجموع: ج ۱۷ ص ۴۳۹.

(۵) الحاوى الكبير: ج ۱۱ ص ۴۶.

(۶) المجموع: ج ۱۷ ص ۴۳۹.

على أنّه (صلّى اللّه عليه و آله) لاعن بينهما و هو على المنبر، و هو مناسب لما مرّ من استحباب جعل الحاكم ظهره إلى القبلة و استقبالهما إيّاها. و قيل بالصعود إن كثر الناس ليروا، و إلّا فعنده «١».

و إن كان في سائر الأمصار ففي الجامع عند القبلة و المنبر. و للشافعيّة في اختصاص المنبر بالشرف وجهان.

و إن كان بهما ما يمنع الدخول في المسجد أو اللبث فيه كالحيض و الجنابة لم يلاعن فيه. و من التغليظ بالمكان استقبالهما القبلة.

و إن كان المتلاعنان ذمّيين ففي المبسوط تلاعنا في الموضع الّذي يعتقدان تعظيمه من البيعة و الكنيسة و بيت النار «٢».

و للشافعيّة في بيت النار وجهان «٣»: من أنّه لم يكن له حرمة أصلًا، بخلاف البيعة و الكنيسة. و من أنّ المقصود تعظيم الواقعة و زجر الكاذب عن الكذب، و اليمين في الموضع الّذي يُعظّم الحالف أغلظ، و هو أظهرهما عندهم، و لم يعتبروا بيت الأصنام للوثنيّين.

[السادس من المستحبات التغليظ بالزمان]

السادس: التغليظ بالزمان بأن يلاعن بعد العصر قال في المبسوط: لقوله تعالى: «تَحْبِسُونَهُمٰا مِنْ بَعْدِ الصَّلٰاةِ فَيُقْسِمٰانِ بِاللّٰهِ» «۴» قيل في التفسير: بعد العصر، و روى أنّ النبيّ (صلّى اللّه عليه و آله) قال: من حلف بعد العصر يميناً كاذبة ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقى اللّه تعالى و هو عليه غضبان «۵».

[السابع من المستحبات: جمع الناس لهما]

السابع: جمع الناس لهما فإنّه من التغليظ الموجب للارتداع. و لأنّه قائم مقام الحدّ، و قد أُمر فيه بأن يشهد عذابهما طائفة من المؤمنين، و لأنّه حضر اللعان على عهده (صلّى اللّه عليه و آله) ابن عباس و سهل بن سعد و ابن عمر و هم من الأحداث، فدلّ على حضور جمع كثير، لقضاء العادة بأنّ الصغار لا ينفردون بالحضور.

---

(١) المجموع: ج ١٧ ص ۴٣٩.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ١٩٨.

(٣) انظر الحاوى الكبير: ج ١١ ص ۴٩.

(۴) المائدة: ١٠۶.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ١٩٧.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣٢١

[المقصد الثالث في الأحكام]

اشارة

المقصد الثالث في الأحكام إذا قذف و لم يقم البيّنة تعلّق به وجوب الحدّ عليه لدخوله في عموم: «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنٰاتِ» «١».

و إذا لاعن أى التعن تعلّق بلعانه سقوط الحدّ عنه و وجوبه فى حقّ المرأة لقوله تعالى: «وَ يَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذٰابَ» «۲» فإنّ العذاب هو الحدّ. و عند أبى حنيفة: أنّ قذف الزوج يوجب اللعان، فإن امتنع حبس حتّى يلاعن فإذا لاعن وجب عليها اللعان، فإن امتنعت حبست حتّى تلاعن «۳».

[و هنا أربعة أحكام فى اللعان]

اشارة

و يتعلّق بلعانهما معاً بالنصّ «۴» و الإجماع أحكام أربعة:

[الحكم الأول فى الفراق]

الأوّل: الفراق، فلا تصير فراشاً و لا يغنى عنه التحريم المؤبّد، إذ قد تحرم و لا فراق و الفراش باقٍ كما فى المُفْضَاة. و لبعض العامّة قول ببقائهما على الزوجيّة «۵».

[الحكم الثانى: التحريم المؤبّد]

الثانى: التحريم المؤبّد فلا تحلّ عليه أبداً خلافاً لأبى حنيفة فأجاز له تجديد العقد عليها إن أكذب نفسه «۶».

[الحكم الثالث: سقوط الحدّين]

الثالث: سقوط الحدّين عنهما.

[الحكم الرابع: انتفاء الولد عن الرجل]

الرابع: انتفاء الولد عن الرجل إن كان و نفاه دون المرأة فعن النبىّ (صلّى اللّٰه عليه و آله) أنّه لمّا لاعن بين هلال و امرأته فرّق بينهما، و قضى أن لا يُدعى ولدها لأب «۷».

و سأل الصادق (عليه السّلام) أبو بصير عن المرأة يلاعنها زوجها و يفرّق بينهما، إلى من ينسب ولدها؟ فقال: إلى امّه «۸» إلى غير ذلك من الأخبار.

---

(۱) النور: ۴.

(۲) النور: ۸.

(۳) انظر الهدایة للمرغینانی: ج ۲ ص ۲۳.

(۴) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۵۸۶ ب ۱ من أبواب اللعان.

(۵) بدائع الصنائع: ج ۳ ص ۲۴۴.

(۶) الهدایة للمرغینانی: ج ۲ ص ۲۴.

(۷) انظر السنن الکبری: ج ۷ ص ۳۹۴ ۳۹۵.

(۸) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۶۰۸ ب ۱۴ من أبواب اللعان ح ۲.

و لو کان الزوج عبداً و شرط مولاه رقّیّة الولد من زوجته الحرّة و أجزنا الشرط ففی حرّیّته لو لاعَن الأب لنفیه إشکال: من انتفائه عنه شرعا. و من أنّه حقّ لغیر المتلاعنین، فلا یؤثّر فیه اللعان مع ثبوت حکم الفراش ظاهراً.

و کذا الإشکال فی العکس أی فیما إذا کانت الزوجة أمة و الزوج حرّا بغیر شرط الرقّیّة، من انتفائه عنه شرعاً مع کونه نماء مملوکه فیکون رقّاً لمالکها. و من أنّ اللعان إنّما أثّر فی انتفاء نسبه من الملاعن، و أمّا تأثیره فی الحرّیّة التی هی حقّ اللّه و حقّ الولد فغیر معلوم مع تغلیب الحرّیّة.

و لا تفتقر الفُرقة فیه أی بسبب اللعان إلی تفریق الحاکم بینهما، بل تحصل عندنا، و کذا سائر الأحکام بنفس اللعان و قال الصادق (علیه السّلام) فی خبر زرارة بعد بیان کیفیّة اللعان: ثمّ لا تحلّ له إلی یوم القیامة «۱».

و زعم أبو حنیفة أنّه لا تقع الفرقة، و لا یزول الفراش، و لا ینتفی النسب إلّا مع حکم الحاکم «۲» حتّی أنّه إن طلّقها قبل الحکم بالفُرقة نفذ طلاقه، و إن تراضیا علی البقاء علی الزوجیّة لم یجز لهما، و یجب علی الحاکم التفریق بینهما.

و لا تحصل الفُرقة عندنا بلعان الزوج خاصّة للأصل، و تعلیقه فی الأخبار بالتلاعن. خلافاً لبعض العامّة «۳» فرتّب علی لعانه وحده الفُرقة و الحرمة مؤبّداً و انتفاء النسب.

و لو فرّق الحاکم بینهما قبل إکمال لعانهما کان التفریق لغواً عندنا و إن کان بعد لعان ثلاث مرّاتٍ من کلٍّ منهما أو بعد تمام لعانه، و ثلاث من لعانها أو بعد اختلال شیء من ألفاظ اللعان الواجبة خلافاً لأبی حنیفة «۴» فاکتفی بالأکثر کما عرفت.

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۵ ص ۵۸۸ ب ۱ من أبواب اللعان ح ۷.

(۲) الهدایة للمرغینانی: ج ۲ ص ۲۴.

(۳) المغنی لابن قدامة: ج ۹ ص ۲۹.

(۴) الحاوی الکبیر: ج ۱۱ ص ۴۴.

و فُرقة اللعان عندنا فسخ لا طلاق لانتفاء ألفاظه، خلافاً لأبی حنیفة «۱».

و لا یعود الفراش عندنا إن أکذب نفسه بعد کمال اللعان لنطق النصوص بزواله بالتلاعن، و خصوص نحو حسن الحلبیّ سأل الصادق (علیه السّلام) عن الملاعنة التی یرمیها زوجها و ینتفی من ولدها و یلاعنها و یفارقها ثمّ یقول بعد ذلک: الولد ولدی و یکذّب نفسه، فقال: أمّا المرأة فلا ترجع إلیه أبداً، و أمّا الولد فإنّی أردّه علیه إذا ادّعاه «۲» الخبر.

و لا یحلّ له بتکذیبه نفسه تجدید العقد علیها لنطق الأخبار بتأبید الحرمة بالتلاعن «۳» و شمول قوله (علیه السّلام): «فلا ترجع إلیه» خلافاً لأبی حنیفة «۴».

و لو أكذب نفسه فى أثناء اللعان أو نكل عنه أو عن إتمامه ثبت عليه الحدّ بالقذف و لم يثبت شىء من أحكام اللعان من سقوط الحدّ عنه و الأحكام الباقية و فى الصحيح عن علىّ بن جعفر عن أخيه (عليه السّلام) سأله عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات باللّه ثمّ نكل فى الخامسة، قال: إن نكل فى الخامسة فهى امرأته و جلّد الحدّ، و إن نكلت المرأة عن ذلك إذا كانت اليمين عليها فعليها مثل ذلك «٥».

و لو أكذب نفسه بعد اللعان لحق به الولد لأخذه بإقراره لكن فيما عليه لا فيما له، لإقراره أوّلًا بالانتفاء منه، و لذا يرثه الولد و لا يرثه الأب و لا مَن يتقرّب به، و ترثه الامّ و من يتقرّب بها أكذب نفسه أم لا.

و قال الصادق (عليه السّلام) فى حسن الحلبىّ الّذى تقدّم بعضه: و أمّا الولد فإنّى أردّه

(١) الهداية للمرغينانى: ج ٢ ص ٢٤، المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ٣٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٩٩ ب ۶ من أبواب اللعان ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۶٠١ ب ۶ من أبواب اللعان ح ۵.

(۴) الهداية للمرغينانى: ج ٢ ص ٢۵.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۵٩٢ ب ٣ من أبواب اللعان ح ٣.

إليه إذا ادّعاه و لا أدع ولده وَ لَيس له ميراث، و يرث الابن الأب، و لا يرث الأب الابن، يكون ميراثه لأخواله. فإن لم يدّعه أبوه فإنّ أخواله يرثونه و لا يرثهم «١». إلى غير ذلك من الأخبار و هى كثيرة، و قوله (عليه السّلام): «و لا يرثهم» موافق لعدّة من الأخبار، و فى عدّة اخرى: «يرثونه و يرثهم». و تحقيق ذلك فى الميراث.

و لم يعد الفراش و لم يزل التحريم المؤبّد بإكذاب نفسه، لأنّه مضى اللعان المزيل للفراش المحرّم على التأبيد، و قد نطقت بذلك الأخبار، خلافاً لبعض العامّة كما عرفت.

و فى ثبوت الحدّ عليه بالتكذيب بعد اللعان روايتان ففى صحيح الحلبىّ عن الصادق (عليه السّلام) فى رجل لاعن امرأته و هى حبلى قد استبان حملها و أنكر ما فى بطنها فلمّا وضعت ادّعاه و أقرّ به و زعم أنّه منه، فقال: يردّ عليه ابنه و يرثه و لا يجلّد، لأنّ اللعان قد مضى «٢». و كذا فى خبرين آخرين للحلبىّ أحدهما حسن «٣» و هو خيرة النهاية «۴» و التهذيب «۵».

و عن محمّد بن الفضيل أنّه سأل الكاظم (عليه السّلام) عن رجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها ثمّ أكذب نفسه هل يردّ عليه ولدها «۶»؟ قال: إذا أكذب نفسه جلّد الحدّ و ردّ عليه ابنه، و لا ترجع إليه امرأته «٧». و هو خيرة المقنعة «٨» و المبسوط «٩». و المصنّف هنا، كما قال أقربهما الثبوت، لما فيه من زيادة هتكها، و تكرار قذفها، و ظهور كذب لعانه مع أنّه ثبت عليه الحدّ بالقذف، فيستصحب إلى أن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۵٩٩ ب ۶ من أبواب اللعان ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۶٠٠ ب ۶ من أبواب اللعان ح ۴.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ۶٠٧ ب ١٣ من أبواب اللعان ح ١.

(۴) النهاية: ج ٢ ص ۴۵٣.

(۵) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ١٩۴ ذيل حديث ۶٨١.

(۶) فى وسائل الشيعة بدل «ولدها»: ولده.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۰۱ ب ۶ من أبواب اللعان ح ۶.

(۸) المقنعة: ص ۵۴۲.

(۹) المبسوط: ج ۵ ص ۱۸۸.

يعلم المزيل، و لا يعلم زواله بلعان ظهر كـذبه، و الأخبار الأوّلـة إنّما نفت الحدّ إذا أكـذب نفسه فى نفى الولـد دون القـذف، و الحدّ إنّما يجب إذا أكذب نفسه فيما رماها به من الزنى كما هو صريح المبسوط «۱».

فإن عاد عن إكـذاب نفسه و قال: لى بيّنـة أُقيمها أو أُلاعن ثانياً لم يُسـمع منه، لأنّ البيّنـة و اللعان لتحقيق ما قاله و قـد أقرّ بكـذب نفسه و العقلاء مؤاخذون بإقرارهم، و البيّنة إنّما تسمع إذا لم يكذّبها قولًا أو فعلًا.

و لو اعترف بالولد بعد موته لم يرث منه كما لو اعترف به فى حياته ثمّ مات. و لا يفيد هذا الاعتراف فى حقّ الولد أيضاً شيئاً.

لكن لو كـان له أى الولـد ولـد و إن «۲» ورثه أى ولـد الولـد جـدّه الملاعن مع عـدم الولـد، و لا يرث هو ابن الابن كما لا يرث الابن، و قال أبو حنيفـة: إن كان الولد خلّف ولداً لحقه نسـبه و نسب ولد الولد و ثبت الإرث بينهما، و إن لم يكن خلّف ولداً لم يلحقه النسب «۳».

و لو أقام بيّنة ثمّ أكذبها ففى توجّه الحدّ عليه نظر من إقراره بكذبه الموجب للحدّ. و من ثبوت صدقه عند الحاكم بالبيّنة.

و لو لم يُكـذِب نفسه و لا لاعن ثبت عليه الحـدّ، فإن أُقيم بعضه فبذل اللعان أُجيب إليه فإنّ الحدّ يدرأ بالشـبهة، و كما أنّ اللعان يدرأ تمام الحدّ فأولى بأن يدرأ بعضه.

و لو لاعن و نكلت هى عن اللعان أو أقرّت بالزنى رُجمت و سـقط عنه الحـدّ بلعانه و أكّده إقرارها أو نكولها و لم يزل الفراش و لا يثبت التحريم لانتفاء التلاعن. خلافاً لمن عرفت من العامّة «۴».

و لو اعترفت بعد اللعان منها لم يجب الحدّ بلا إشكال، فإنّه لا يجب بالإقرار مرّة.

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۱۸۸.

(۲) كذا فى ن، ق فلعلّ معناه: و إن نزل.

(۳) المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۲۵.

(۴) الحاوى الكبير: ج ۱۱ ص ۷۷.

فـإن أقرّت أربعاً ففى وجوبه إشـكال: من انـدفاعه باللعان، و فهمه من فحوى ما مرّ فى إكـذابه نفسه بعـد اللعان، و من التعليل فى الأخبـار بأنّه مضـى اللعان، و هو خيرة النهايـة و السـرائر و الجامع و غيرها «۱». و من إيجـاب الإقرار أربعاً له، و ظهور كـذبها فى اللعان، و هو أقرب، و كأنّه لم يستقربه هنا كما استقربه فى إكذابه نفسه، للتأيّد هناك بالرواية بخلاف إقرارها.

و لو أضاف زناها إلى رجل و نسبه أيضاً إلى الزنى فعليه حدّان إن جاءا به متفرّقين و له إسقاط حدّ الزوجة باللعان. و لا يسقط به حدّ الآخر و إن قـال فى اللعـان فى كـلّ مرّة: إنّه من الصادقين فى أنّها زنت بفلان و أنّ فلاناً زنى بها، لأنّ سـقوط الحـدّ باللعان خلاف الأصل، فيقتصر على موضع اليقين و هو قـذف الزوجـة. و للعامّـة قول بسـقوط الحدّين إن ذكره فى اللعان «۲» لأنّه حجّة شرعيّة فى هذا القذف فى طرف المرأة، فكذا فى طرف الرجل، لاتّحاد الواقعة، و قد قامت فيها حجّة شرعيّة.

و لا ـ خلاف فى أنّه لو أقام بيّنـة سـقطا معاً، و لو قـذفها فأقرّت قبل اللعان سـقط الحـدّ عنه بالمرّة أى بإقرارها مرّة، لاعترافها بعـدم الإحصان.

و لا يجب عليها الحدّ إلّا بأربع مرّات، و لو كان هناك نسب لم ينتفِ إلّا باللعان، و للزوج أن يلاعن لنفيه على إشكالٍ إن لم تدّع الزوجـة النسب، فإنّه لا ينافى الإقرار بالزنى، و إذا ادّعته فلا إشـكال فى ثبوت اللعان، و إنّما يشـكل الأمر إذا صادقته على الانتفاء أو سكتت أو اعترفت بالجهل، و احتمال الأمرين إذ تصادق الزوجين على الزنى و على كون الولد منه لا يوجب نفى

(۱) الموجود فى الكتب المذكورة ثبوت الحدّ. راجع النهاية: ج ۲ ص ۴۵۴. و السرائر: ج ۲ ص ۷۰۱ و الجامع للشرائع: ص ۴۸۱. و الصواب جعل قوله: «و هو خيرة النهاية و السرائر و الجامع و غيرها» بعد قوله: ظهور كذبها فى اللعان.

(۲) المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۶۶. و فيه: و إذا لاعنها سقط الحدّ عنه لهما سواء ذكر الرجل فى لعانه أو لم يذكره.

النسب، لثبوته بالفراش و تصادقهما إقرار فى حقّ الغير فلا يسـمع، فلا يؤثّر سقوط اللعان للقذف سقوطه للنسب، و ينشأ الإشكال: من أنّ اللعان خلاف الأصل لم يظهر لنا ثبوته إلّا إذا تكاذبا، و لا تكاذب هنا. و من أنّه إذا علم انتفاء الولد منه وجب عليه نفيه، و لا ـ طريق إلى انتفـائه إلّا اللعان، و الصبر إلى بلوغ الولـد و اللعان معه لا يجوز، إذ ربّما مات أو مات الولـد قبله أو قبل التمكّن من اللعان بعده، و حينئذٍ إنّما يلتعن الزوج، لأنّها لا يمكنها الالتعان.

و لو قـذفها فاعترفت ثمّ أنكرت، فأقام شاهدين على اعترافها ففى القبول بهما أو بالأربعة إشـكال: من عموم قوله تعالى: «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنٰاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدٰاءَ» «۱» و أنّ الغرض إثبـات الزنى لهتك العرض، و دفع الحـدّ و اللعان عنه، و هو خيرة المختلف «۲» و المبسوط «۳» هنا، و فيه أنّه مذهبنا.

و أقربه القبول من أنّه شهادة على الإقرار لا الزنى، و هو خيرة السرائر «۴» و الخلاف «۵» و موضع آخر من المبسوط «۶» لكنّه إنّما يقبل فى سـقوط الحدّ عنه إذ يكفى فيه ثبوت الإقرار لا فى ثبوته أى الحدّ عليها فإنّه لا يثبت إلّا بثبوت الزنى، و لا يثبت إلّا بأربعة شهود أو الإقرار أربعاً.

و لو قـذفها فماتت قبل اللعان سـقط اللعان و ورث لعـدم التلاعن الموجب للبينونـة و عليه الحدّ للوارث لأنّه حقّ آدمىّ، و حقوق الآدميّين يُورَث، خلافاً لبعض العامّة، فجعله من حقوق اللّٰه و لم يُورثه «۷».

و له دفعه باللعـان وفاقاً للشـيخ «۸» و جماعـة، و لعلّهم أرادوا التعـانه كمـا يرشـد إليه عبـارة الكتـاب، فإنّه ربّما لم يمكن الوارث الالتعان، فإنّه إنّما يمكنه

(۱) النور: ۴. و فى نُسخ كشف اللثام بدل «المحصنات»: «أزواجهم» و هو سهو.

(۲) مختلف الشيعة: ج ۸ ص ۵۳۱.

(۳) المبسوط: ج ۵ ص ۲۲۴.

(۴) السرائر: ج ۲ ص ۱۱۵.

(۵) الخلاف: ج ۶ ص ۲۵۱. و فى موضع آخر منه أفتى بخلافه راجع الخلاف: ج ۵ ص ۴۵ مسألة ۶۱.

(۶) المبسوط: ج ۸ ص ۱۷۲.

(۷) المغنى لابن قدامة: ج ۹ ص ۲۴.

(۸) المبسوط: ج ۵ ص ۲۰۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۳۲۸

إذا قـذفها بمحصور يمكن الوارث العلم بكـذبه. و الدليل على جواز دفعه باللعان أنّه لا تعلّق لسـقوط الحدّ بالتعان الزوجة ليفوت بموتها، و إنّما يتعلّق بالتعانه فله الدفع به.

قيل فى النهاية «۱» و الخلاف «۲» و لو لاعنه رجل من أهلها فلا ميراث له و لا حـدّ عليه، للإجماع كما ادّعاه فى الخلاف «۳». و لقول الصـادق (عليه السّـلام) فى خبر أبى بصـير: إن قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له، و إن أبى أحـد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها «۴». و خبر عمرو بن خالد، عن زيد بن علىّ، عن آبائه، عن أمير المؤمنين (عليهم السّـلام): فى رجل قـذف فخرج فجاء و قـد توفّيت، قال: يتخيّر واحدة من ثنتين، فيقال له: إن شئت ألزمت نفسك بالذنب، فيقام فيك الحدّ فتعطى الميراث، و إن شئت أقررت فلاعنت أدنى قرابتها إليها و لا ميراث لك «۵».

و الأقرب وفاقاً للسرائر «۶» و المبسوط «۷»: أنّه لا لعان بينه و بين الوارث، لأنّه خلاف الأصل يقتصر على موضع اليقين و الخبران ضعيفان، و ثبوت الميراث و إن لاعن الوارث، لعموم آية الإرث «۸» و إنّما علم سقوطه بتلاعن الزوجين.

و لو ماتت بعـد إكمال لعانه و قبل إكمال لعانها شرعت فيه أم لا فهو كالموت قبل اللعان فى الميراث لعدم التلاعن، و يأتى على قول النهاية: أنّه إن قام الوارث مقامها فلاعن انتفى الإرث «۹» و لو مات حينئذٍ ورثته لذلك.

---

(۱) النهاية: ج ۲ ص ۴۵۷.

(۲) الخلاف: ج ۵ ص ۲۹ مسألة ۳۳.

(۳) الخلاف: ج ۵ ص ۳۰ مسألة ۳۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۰۸ ب ۱۵ من أبواب اللعان ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۶۰۸ ب ۱۵ من أبواب اللعان ح ۲.

(۶) السرائر: ج ۲ ص ۷۰۲ ۷۰۳.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۲۰۲ ۲۰۳.

(۸) النساء: ۷.

(۹) النهاية: ج ۲ ص ۴۵۷.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۳۲۹

و لو قذف و لم يلاعن فحدّ ثمّ قذفها به أى بعين ما قذفها به أوّلًا قيل فى الخلاف «۱» و المبسوط «۲» لا حدّ عليه لاتّحاد القذف، و إن تكرّر لفظه فإنّما هو تأكيد، و أصالة البراءة، و للإجماع، و الأخبار كما فى الخلاف «۳».

و الأقرب ثبوته وفاقاً للمحقّق «۴» لتعدّد القذف و إن اتّحد المقذوف به.

و كذا الخلاف لو تلاعنا، و الأقرب سـقوطه وفاقاً للشيخ «۵» و المحقّق «۶» لأنّ اللعان بمنزلـة البيّنة أو الإقرار أو النكول. و يحتمل ثبوت الحـدّ، لعموم آية الفرية، و انتفاء دليل على السـقوط، فإنّ اللعان إنّما أسـقط الحدّ بالقذف السابق، و لم يثبت المقذوف به بالبيّنة و لا بالإقرار.

أمّا لو قذفها به الأجنبىّ فإنّه يُحدّ لأنّ اللعان حجّة يختصّ بالزوج، و إنّما يسقط الحَصانة «۷» فى حقّه و إن [صار أيضاً] «۸» باللعان أجنبيّا.

و لو قذفها فأقرّت و لو مرّة ثمّ قذفها به الزوج أو الأجنبيّ فلا حدّ لأنّها بإقرارها أسقطت الحَصانة، و الحدّ، و العقلاء يؤاخذون بإقرارهم.

و لو لاعن و نكلت ثمّ قذفها الأجنبيّ، قيل فى المبسوط «٩» و الخلاف «١٠» لا حدّ لأنّ اللعان و النكول كالبيّنة و لا حدّ فى القذف بما ثبت بالبيّنة.

و الأقرب وفاقاً للمحقّق «١١» ثبوته لعموم آية الرمى «١٢» و منع سقوط الحصانة بمجرّد ذلك و تنزّله منزلة البيّنة مطلقاً.

---

(١) الخلاف: ج ۵ ص ۴۱ مسألة ۵۳ و فيه: يجب عليه الحدّ ثانياً.

(٢) المبسوط: ج ۵ ص ١٩٢.

(٣) الخلاف: ج ۵ ص ۴۱ مسألة ۵۳.

(۴) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٠١.

(۵) المبسوط: ج ۵ ص ١٩٢.

(۶) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٠١.

(٧) فى ن بدل «الحصانة»: «الحدّ لأنّه»، و فى ق بدلها: الحدّ فإنّه.

(٨) فى ن: صادقها.

(٩) المبسوط: ج ۵ ص ١٩٢.

(١٠) الخلاف: ج ۵ ص ۴۱ مسألة ۵۴.

(١١) شرائع الإسلام: ج ٣ ص ١٠٢.

(١٢) النور: ۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣٣٠

و لو شهد بزناها أربعة أحدهم الزوج حدّ الجميع على رأى وفاقاً لظاهر المفيد «١» و ابن زهرة «٢» و يسقط حدّ الزوج باللعان لخبر زرارة عن أحدهما (عليهما السّلام)، فى أربعة شهدوا على امرأة بالزنى أحدهم زوجها، قال: يلاعن و يجلد الآخرون «٣». و يؤيّده قوله تعالى: «لَوْ لٰا جٰاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدٰاءَ» «۴» و قوله تعالى: «وَ اللّٰاتِي يَأْتِينَ الْفٰاحِشَةَ مِنْ نِسٰائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ» «۵» إن كان الخطاب للأزواج.

و قيل فى النهاية «۶» بذلك إن اختلّت بعض الشرائط و إلّا ثبت الزنى و حدّت، جمعاً بين ذلك الخبر و خبر إبراهيم بن نعيم سأل الصادق (عليه السّلام) عن أربعةٍ شهدوا على امرأة بالزنى أحدهم زوجها، قال: يجوز شهادتهم «٧». و هو فى الحقيقة فى طرف النقيض للقول الأوّل، إذ لا خلاف فى عدم السماع مع اختلال الشرائط. و يؤيّده قوله تعالى: «وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدٰاءُ إِلّٰا أَنْفُسُهُمْ» «٨» من جعل أنفسهم من الشهداء و صدق الشهداء على الثلاثة، و قوله تعالى: «وَ اللّٰاتِي يَأْتِينَ الْفٰاحِشَةَ مِنْ نِسٰائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ» «٩» إن كان الخطاب للحكّام، فإنّه يعمّ الزوج. و أصالة عدم الفرق بين الزوج و غيره، بل أولويّته بالقبول، لما فيه من هتك عرضه.

و قيل فى الوسيلة «١٠» و السرائر «١١» و الجامع «١٢» أو سبق الزوج بالقذف و إلّا حُدّت جمعاً بين الخبرين، و عملًا بظواهر الآيات، فإنّ قوله تعالى: «لَوْ لٰا جٰاؤُ

---

(١) انظر المقنعة: ص ٥۴٠.

(٢) انظر غُنية النزوع: ص ٣٧٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۶٠۶ ب ١٢ من أبواب اللعان ح ٢.

(۴) النور: ١٣.

(۵) النساء: ١۵.

(۶) النهاية: ج ٣ ص ٢٨٣ ٢٨۴.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۶٠۶ ب ١٢ من أبواب اللعان ح ١.

(٨) النور: ۶.

(٩) النساء: ١۵.

(١٠) الوسيلة: ص ۴١٠.

(١١) السرائر: ج ٣ ص ۴٣٠.

(١٢) الجامع للشرائع: ص ۴٨٠.

عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدٰاءَ» «١» فيمن ابتدأ بالقذف، بخلاف الباقين.

و في السرائر لقوله تعالى: «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوٰاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدٰاءُ إِلّٰا أَنْفُسُهُمْ» «٢» و هذا قد رمى زوجته و لم يكن له شهداء إلّا نفسه، لأنّ شهادة الثلاثة غير معتدّ بها إلّا بانضمام شهادة الرابع، فكأنّها لم تكن في الحكم «٣». و هم و إن لم يصرّحوا بالاختلال لكنّه معلوم.

و جمع الصدوق بين الخبرين بناءً على ما اختاره: «من أنّه لا لعان إلّا إذا نفى الولد»: بأنّه إذا لم ينف الولد كان أحد الأربعة، و إلّا حدّ الثلاثة و لاعنها «۴». و أبو عليّ بأنّه إن دخل بها لاعنها و حدّ الباقون و إلّا كان أحد الأربعة، بناءً على اشتراط اللعان بالدخول «۵».

و إذا كانت المرأة غير بَرْزَةٍ لا تخرج إلى مجالس الرجال أنفذ الحاكم إليها من يستوفي الشهادات عليها في منزلها و لم يكلّفها الخروج، و كذا لو كانت حائضاً و اللعان في المسجد و في المبسوط: و يستحبّ أن يبعث معه بأربعة شهود أو ثلاثة، لقوله تعالى: «وَ لْيَشْهَدْ عَذٰابَهُمٰا طٰائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ» «۶» و روى أصحابنا أنّ أقلّه واحد «٧».

و لا يشترط حضورهما معاً حين اللعان، للأصل.

فلو لاعن في المسجد و هي على بابه أو في منزلها جاز إلّا على القول بوجوب قيامهما عند الحاكم عند لعان كلّ منهما.

و اللعان أيمان و ليس شهادات وفاقاً للشيخ «٨» و جماعة؛ لصحّته من الفاسق و الكافر، و لقوله تعالى: «بِاللّٰهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصّٰادِقِينَ» «٩» و قوله: «بِاللّٰهِ إِنَّهُ لَمِنَ

---

(١) النور: ١٣.

(٢) النور: ۶.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ۴٣١.

(۴) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ۵٣۶ ذيل حديث ۴٨۵١، المقنع: ص ۴۴٠.

(۵) مختلف الشيعة: ج ۹ ص ۱۲۲.

(۶) النور: ۱.

(۷) المبسوط: ج ۵ ص ۲۲۳.

(۸) الخلاف: ج ۵ ص ۷ مسألة ۲.

(۹) النور: ۶.

الْكاذِبِينَ» «۱» و قوله (صلّى اللّه عليه و آله) لهلال بن أُميّة: احلف باللّه الّذى لا إله إلّا هو إنّك لصادق «۲». و قوله (صلّى اللّه عليه و آله) بعد التلاعن: لولا الأيمان لكان لى و لها شأن «۳». و لأنّ كلّا منهما يلاعن لنفسه و لم يعهد شهادة أحد لنفسه، و لأنّه لا معنى لكونه من المرأة شهادة فكذا منه.

و قوله فيصحّ من الأعمى كما يحتمل تفريع الصحّة على كونه أيماناً، يحتمل التعليل، فإنّ من الأدلّة كما فى المبسوط: أنّه يصحّ من الأعمى، و لو كان شهادات لم يصحّ منه «۴». و خلافاً لأبى علىّ «۵» لظاهر قوله تعالى: «فَشَهادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهاداتٍ بِاللّهِ» «۶» الآية.

و يؤيّده: أنّ محمّد بن سليمان سأل الجواد (عليه السّلام) كيف صار الزوج إذا قذف امرأته كانت شهادته أربع شهادات باللّه؟ و كيف لا يجوز ذلك لغيره و صار إذا قذفها غير الزوج جُلِد الحدّ و لو كان ولداً أو أخاً؟ فقال: قد سئل جعفر (عليه السّلام) عن هذا فقال: أ لا ترى أنّه إذا قذف الزوج امرأته، قيل له: و كيف علمت أنّها فاعلة؟ فقال: رأيت ذلك منها بعينى كانت شهادته أربع شهادات باللّه، و ذلك أنّه قد يجوز للرجل أن يدخل المدخل فى الخلوة التى لا تصلح لغيره أن يدخلها و لا يشهدها ولد و لا والد فى الليل و النهار، فلذلك صارت شهادته أربع شهادات إذا قال: رأيت ذلك بعينى، و إذا قال: لم اعاين صار قاذفاً و ضرب الحدّ، إلّا أن يقيم عليها البيّنة، و إن زعم غير الزوج إذا قذف و ادّعى أنّه رآه بعينه قيل له: و كيف رأيت ذلك و ما أدخلك ذلك المدخل الّذى رأيت فيه هذا وحدك؟ أنت متّهم فى دعواك، فإن كنت صادقاً فأنت فى حدّ التهمة، فلا بدّ من أدبك بالحدّ الّذى أوجبه اللّه عليك. قال (عليه السّلام): و إنّما صارت شهادة الزوج أربع شهادات، لمكان الأربعة شهداء مكان كلّ شاهد

---

(۱) النور: ۸.

(۲) و فيه: قال فقيل لهلال: تشهد أربع شهادات باللّه إنّك لمن الصادقين. راجع السنن الكبرى: ج ۷ ص ۳۹۴.

(۳) و فيه: قال فقيل لهلال: تشهد أربع شهادات باللّه إنّك لمن الصادقين. راجع السنن الكبرى: ج ۷ ص ۳۹۴.

(۴) المبسوط: ج ۵ ص ۱۸۳.

(۵) مسالك الأفهام: ج ۱۰ ص ۲۳۸.

(۶) النور: ۶.

يمين «۱». و للأخبار الناطقة بلفظ الشهادة كقوله (صلّى اللّه عليه و آله) للرجل: اشهد أربع شهادات باللّه إنّك لمن الصادقين فيما رميتها به و للمرأة اشهدى أربع شهادات باللّه إنّ زوجكِ لمن الكاذبين «۲».

و قول الصادق (عليه السّلام) فيما مضى من الخبر: ليس بين خمس نساء و أزواجهنّ ملاعنة إلى قوله: و المجلود فى الفرية، لأنّ

اللّه تعالى يقول وَ لٰا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهٰادَةً أَبَداً «٣».

و لوجوب التصريح بلفظ الشهادة، و لأنّه يدرأ الحدّ و لا شي‌ء من اليمين كذلك، و لأنّه إن نكل عنه ثمّ عاد إليه مكّن منه و اليمين ليست كذلك.

و الجواب: أنّ لفظ الشهادة في هذه الجمل حقيقة عرفيّة أو مجاز مشهور في اليمين، و لا بعد في مخالفته لسائر الأيمان في بعض الأحكام، و خبر النفي عن خمس و أزواجهنّ مع الضعف ليس نصّاً في كون اللعان شهادة، بل الّذي ينصّ عليه أنّه لا يقبل منه الشهادة عليها بالزنى و إن أكّده باللعان. و إذا قذف الزوجة وجب الحدّ لعموم أدلّة الفرية إلّا أن يسقطه باللعان، و لا يجب عليه اللعان عيناً خلافاً لمن عرفته من العامّة «۴».

و لا يطالبه عندنا أحدٌ بأحدهما إلّا الزوجة فإنّ الحدّ حقّ لها و اللعان لإسقاطه نعم لوارثها المطالبة بالحدّ و قيل باللعان أيضاً كما سبق بعد موتها و عدم استيفائها، لما عرفت من الانتقال عندنا.

و لو أراد اللعان من غير مطالبةٍ لم يكن له ذلك عندنا إن لم يكن نسب «۵» يريد نفيه. و للعامّة قول بأنّ ذلك لغَسل العار عن نفسه بالانتقال عنها و إلصاق العار بها «۶».

---

(١) الكافي: ج ٧ ص ۴٠٣ ح ۶.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٨۶ ب ١ من أبواب اللعان ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٩٨ ب ۵ من أبواب اللعان ح ١٢. و النور: ۴.

(۴) بدائع الصنائع: ج ٣ ص ٢۴٣.

(۵) في ط بدل «نسب»: بسبب.

(۶) المغني لابن قدامة: ج ٩ ص ٢۵.

و لو طلب نفي النسب احتمل أن يلاعن بينهما الحاكم، بأن يطلب المرأة باللعان لانحصار طريق انتفاء النسب فيه و احتمل عدمه لأنّه خلاف الأصل، فيقتصر على موضع اليقين.

و أمّا قصّة العجلاني و أنّه أتاه (صلّى اللّه عليه و آله) فرماها فأمره بأن يأتي بزوجته «١» فلا دلالة فيها على الابتداء باللعان من غير طلبها، و إنّما دلّت على إحضارها مجلس الحكم.

[المقصد الرابع في اللواحق]

المقصد الرابع في اللواحق لو شهدا بقذفه الزوجة و قذفهما لم تقبل للتهمة، فإن أبرئاه ثمّ أعاداها لم تقبل أيضاً لأنّها ردّت للتهمة فلا تقبل بعدُ، و لو ادّعيا قذفهما خاصّة ثمّ أبرئاه و زالت العداوة كأن مضت مدّة عرف فيها صلاح الحال بينهم ثمّ شهدا بقذف زوجته قبلت، لأنّهما لم يردّا في هذه الشهادة أوّلًا. و للعامّة قول بالعدم «٢».

و لو شهدا بقذف زوجته ثمّ ادّعيا قذفهما فإن أضافا الدعوى إلى ما قبل الشهادة بطلت، لاعترافهما بأنّه كان عدوّاً لهما حين الشهادة و إن لم يضيفاها إليه فإن كان ذلك قبل الحكم لم يحكم، لأنّه لا يحكم بشهادة أحد عدوّين على آخر و إن كان بعده لم يبطل لأنّه لم يظهر تقدّم العداوة على الحكم.

و لو شهدا أنّه قذف زوجته و أُمّهما بطلت في حقّ الامّ للتهمة، و ببطلانها بطلت بالكلّيّة لأنّها إذا ردّت في البعض للتهمة ردّت

فى الجميع، كما كان تردّ شهادتهما بقذفهما و قذف الزوجة.

و فى المبسوط: فإنّ شهادتهما لُامّهما عندنا تقبل و عندهم لا تقبل، لأنّه متّهم فى حقّ الامّ، و شهادتهما فى حقّ الزوجة تقبل عندنا، و قال بعضهم: لا تقبل، لأنّ

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۵۸۹ ب ۱ من أبواب اللعان ح ۹.

(۲) الحاوى الكبير: ج ۱۱ ص ۱۴۵.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۳۳۵

الشهادة إذا اشتملت على شيئين فردَّت فى أحدهما فإنّها تردُّ فى الآخر «۱».

و لو شهد أحدهما أنّه أقرّ بالقذف و الإقرار بالعربيّة و الآخر أنّه أقرّ بعين ذلك بالعجميّة أو فى وقتين بأن شهد أحدهما بإقراره يوم الخميس و آخر به يوم الجمعة قبلت لاتّحاد المقرّ به.

و لو شهدا بالقذف كذلك بطلت لأنّ ما شهد به أحدهما غير ما شهد به الآخر، و لم يستكمل شىء من القذفين عدد البيّنة.

و لو ولدت توأمين بينهما أقلّ من ستّة أشهرٍ فاستلحق أحدهما لحقه الآخر و لا يقبل نفيه لأنّهما من حمل واحد، حتّى أنّه إن كان نفى الأوّل ثمّ استلحق الثانى لحقه الأوّل أيضاً.

و كذا لو نفى أحدهما و سكت عن الآخر لحقاه لأنّه لمّا سكت عن الآخر لحقه و استلزم لحوق الآخر.

و لو ولدت الأوّل فنفاه باللعان ثمّ ولدت آخر لأقلّ من ستّة أشهر افتقر انتفاؤه إلى لعان آخر على إشكالٍ: من الحكم بانتفاء الأوّل باللعان و هو يستلزم انتفاء الثانى، مع أصل البراءة من اللعان ثانياً. و من أصل اللحوق إلّا مع التصريح بالنفى و اللعان، و عدم الاكتفاء بالالتزام، و هو خيرة المبسوط «۲».

و إن أقرّ بالثانى لحقه و ورثه الأوّل أيضاً، لاستلزام لحوقه كما عرفت و هو لا يرث الأوّل لإنكاره أوّلًا.

و هل يرث من الثانى؟ إشكال: من استلزام انتفائه من الأوّل انتفاءه من الثانى، فكأنّه أقرّ بأنّه لا يرث منه كما أقرّ به من الأوّل. و من أنّه لا عبرة فى نفى النسب بالالتزام، و أصلِ اللحوق و التوارث.

و لو كان بينهما أى التوأمين ستّة أشهر فصاعداً فلكلٍّ حكم نفسه لإمكان تعدّد الحمل بهما، فلا يستلزم لحوق أحدهما لحوق الآخر و لا نفيه نفيه فإن لاعن الأوّل بعد وضعه و استلحق الثانى، أو ترك نفيه لحقه و إن

---

(۱) المبسوط: ج ۵ ص ۲۲۶ ۲۲۷.

(۲) المبسوط: ج ۵ ص ۲۰۹.

كانت قد بانت منه باللعان، لإمكان وطئه بعد وضع الأوّل قبل اللعان.

و لو لاعنها قبل وضع الأوّل فأتت بآخر بعد ستّة أشهرٍ لم يلحقه الثانى، لأنّها بانت باللعان و انقضت عدّتها بوضع الأوّل فلا يمكنه وطؤها بالنكاح بعده، و ذكر انقضاء العدّة لتأكيد الحجّة، و إلّا فليست هذه العدّة إلّا كعدّة الطلاق البائن.

و لو مات أحد التوأمين قبل اللعان لنفيهما فله أن يلاعن لنفيهما. و للعامّة قول بأنّه لا لعان لنفى نسب الميّت، و أنّه إذا لم يصحّ نفيه لم يصحّ نفى الحيّ إذا كانا من حمل واحد «١».

و القذف قد يجب و ذلك بأن يرى امرأته قد زنت فى طهرٍ لم يطأها فيه فإنّه يلزمه مروءةً حذراً من اختلاط الماءين اعتزالها حتّى تنقضى العدّة أى مدّة الحمل بالوضع، أو مضىّ أقصاها فإن أتت بولدٍ لستّة أشهر من حين الزنى و لأكثر من أقصى مدّة الحمل من وطئه لزمه نفيه للتخلّص من الإلحاق المستلزم للتوارث و النظر إلى بناته و أخواته و يلزمه إذا رأى منها الزنى أن يقذفها بالزنى مبادرة إلى نفى من يحتمل ولادتها له، إذ ربّما لم يتمكّن من اللعان إذا ولدت فيلحق به الولد.

و لو أقرّت بالزنى و ظنّ صدقها فالأقرب أنّه لا يجب القذف و إن أقرّت أربعاً، للأصل و انتفاء العلم، لعدم المشاهدة، و لأنّ اللعان إمّا يمين أو شهادة، و لا يتعلّقان إلّا بمعلوم. و يحتمل الوجوب، لحصول العلم الشرعىّ للإقرار، فيجب القذف، لقطع امتزاج الماءين.

و لا يحلّ له القذف بدون الرؤية و إن شاع أنّ فلاناً زنى بها وَ وُجد عندها مُجرَّدَين. خلافاً للعامّة فلهم قول بالحلّ إذا غلب الظنّ و لو بإخبار ثقة يسكن إلى قوله «٢».

و إذا عرف انتفاء الحمل منه لاختلال بعض شرائط الإلحاق به

---

(١) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ۴١.

(٢) المغنى لابن قدامة: ج ٩ ص ۴٢.

وجب الإنكار و إن لم يرها تزنى و لا قذفها بالزنى للتخلّص من الإلحاق المستلزم للتوارث و النظر إلى بناته و أخواته كما عرفت. و يمكن فهم وجوب النفى من قوله (صلّى اللّه عليه و آله): أيّما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من اللّه فى شى‌ء و لن يدخلها جنّته «١».

و حكى قول بعدم الوجوب، للأصل، و اشتمال الاقتحام فى اللعان من المشقّة ما لا يتحمّلها أُولوا المروءات.

و لا يحلّ الإنكار للشبهة و لا للظنّ كما لا يحلّ القذف لذلك و لا لمخالفة صفات الولد صفات الواطئ فعن الباقر (عليه السّلام): إنّ رجلًا من الأنصار أتى رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) فقال: هذه ابنة عمّى و امرأتى لا أعلم بها إلّا خيراً و قد أتتنى بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد قطط أفطس الأنف لا أعرف شبهه فى أخوالى و لا فى أجدادى، فقال (صلّى اللّه عليه و آله) لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا، و الّذى بعثك بالحقّ نبيّاً ما أقعدت مقعده منّى منذ ملكنى أحداً غيره، قال: فنكس رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) رأسه مليّاً ثمّ رفع بصره إلى السماء ثمّ أقبل على الرجل فقال: يا هذا، إنّه ليس من أحد إلّا أنّ بينه و بين آدم تسعة و تسعين عرقاً تضرب فى النسب، فإذا وقعت النطفة اضطربت تلك العروق تسأل اللّه الشبه بها فهذا من تلك العروق التى لم يدركها أجدادك، خذى إليكِ ابنكِ، فقالت المرأة فرّجتَ عنّى يا رسول اللّه «٢».

و روى أيضاً: أنّ رجلًا أتاه (صلّى اللّه عليه و آله) فقال: يا رسول اللّه انّ امرأتى أتت بولد أسود، فقال: هل لك من إبل؟ فقال: نعم، فقال: ما ألوانها؟ قال: حُمرٌ، فقال: فهل فيها من أورَق؟ فقال نعم، فقال: أنّى ذلك، فقال: لعلّ أن يكون عِرقاً نزع، قال: فكذلك هذا لعلّ أن يكون عِرقاً نزع «٣». و للعامّة «۴» قول بجواز النفى للمخالفة فى الصفات.

(۱) سنن البیهقی: ج ۷ ص ۴۰۳.

(۲) الکافی: ج ۵ ص ۵۶۱ ح ۲۳.

(۳) سنن ابن ماجهٔ: ج ۱ ص ۶۴۵ ح ۲۰۰۲.

(۴) المغنی لابن قدامهٔ: ج ۹ ص ۵۸.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۳۳۸

و لو شاهد زناها و هی فی حباله جاز له اللعان و إن لم یکن له ولد یرید نفیه للتشفّی لعموم النصوص «۱» خلافاً للصدوق «۲» کما عرفت مع مستنده و الجواب عنه.

و لو غاب عن زوجته سنین فبلغها وفاته فاعتدّت و تزوّجت من دون أن یضرب الحاکم لها أربع سنین ثمّ تعتدّ بعد انقضائها و أولدها الثانی ثمّ قدم الأوّل فسخ النکاح أی ظهر انفساخه و فساده و ردّت إلیه و الأولاد للثانی إن جهل الحکم أو الحال لا للأوّل و إن کانت فی الحقیقهٔ فراشاً له، لعدم الإمکان، خلافاً لمن تقدّم ذکره من العامّهٔ.

هذا آخر الکلام فی کتاب الفراق من کشف اللثام عن قواعد الأحکام.

(۱) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۵ ص ۵۸۶ و ۵۸۹ ب ۱ من أبواب اللعان ح ۱ و ۹.

(۲) المقنع: ص ۳۵۵، الهدایهٔ: ص ۲۷۵.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۳۳۹

[کتاب العتق و فیه أربعهٔ مقاصد]

اشارهٔ

کتاب العتق

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۳۴۱

کتاب العتق و فیه مقاصد أربعهٔ:

[المقصد الأوّل: فی العتق و فیه ثلاثهٔ فصول]

اشارهٔ

المقصد الأوّل: العتق واصلهٔ الکرم، و فی الشرع أو عرفه زوال الرقیّهٔ عن رقبهٔ الإنسان بالفعل أو بالقوّهٔ، لیدخل الحمل، و قد یعتبر نیهٔ التقرّب.

و فیه فصول ثلاثهٔ:

[الفصل الأوّل فی أرکانه]

اشارة

الأوّل فى أركانه مقدمـة العتق مشـروع و فيه فضل كثير و ثواب جزيل بإجماع أهل الإسـلام و النصوص، فقـد قال اللّه تعالى: «فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ. وَ مٰا أَدْرٰاکَ مَا الْعَقَبَةُ. فَکُّ رَقَبَةٍ» «۱» الآية.
و روى من طريقى الخاصّة «۲» و العامّة «۳» أنّ من أعتق مؤمناً أعتق اللّه له بكلّ عضو عضواً له من النار حتّى الفرج بالفرج. و فى بعض الأخبار:

---

(۱) البلد: ۱۱ ۱۳.

(۲) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۱ ح ۱۱۳۰.

(۳) صحيح مسلم: ج ۲ ص ۱۱۴۷ ح ۲۲ و ۲۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸ ص: ۳۴۲

أنّه يعتق بعضوين من الأُنثى عضواً له من النـار «۱». و روى: أنّ من أعتق رقبـة مؤمنـة كانت فـداه من النار «۲». و روى: أربـع من أراد اللّه بواحدة منهنّ وجبت له الجنة: من سـقى هامة صادية «۳» أو أطعم كبـداً جائعة، أو كسا جلداً عارياً، أو أعتق رقبة مؤمنة، إلى غير ذلك من الأخبار.

[أركان العتق و هى ثلاثة]

اشارة

و أركانه ثلاثة:

[الركن الأوّل: المحلّ]

الأوّل: المحلّ و هو كلّ إنسان مملوك للمعتق مسلم لم يتعلّق به حقّ لازم من جناية أو حقّ غريم فلا ينعقد عتق غير المملوك إلّا بسـراية و إن كـان مملوكـاً لغيره و أجـازه المالـک من غير خلاف يظهر منّا؛ للأصل. و لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر ابن مسكان: من أعتق ما لا يملك فلا يجوز «۴».
و لبعض العامّة قول بالوقوع من المعتق الموسر، و أنّه يقوّم عليه.
و لو قال: إن ملكتک فأنت حرّ لم يكن شيئاً، و لا ينعتق مع ملكه عندنا؛ للإجماع، و التعليق، و انتفاء الملک.
و روى فى بعض الكتب عن الصـادق (عليه السّلام) فى الرجـل يقـول: إن اشـتريت غلامـاً فهو حرّ لوجه اللّه، و إن اشـتريت هـذا الثوب فهو صدقـة لوجه اللّه، و إن تزوّجت فلانـة فهى طالق، قال: ليس ذلک كلّه بشـىء، إنّما يطلّق و يعتق و يتصـدّق بما يملک «۵». و للعامّة قول بالانعتاق.
نعم لو جعله نـذراً كأن يقول: للّه علىّ إن ملكتک أن أعتقک وجب عليه إيقاع عتقه عند ملكه و لا ينعتق بالملک. و كذا لو قال:

«للّه علیّ أنّک حرّ إذا ملکتک» لم ینعتق بالملک، بل وجب علیه الإعتاق إذا ملکه؛ للأصل،

(۱) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۶ ص ۶۵ ب ۳ استحباب اختیار عتق .. ح ۱.

(۲) کنز العمّال: ج ۱۰ ص ۳۱۵ ح ۲۹۵۷۲.

(۳) فی ط: الظامئهٔ.

(۴) وسائل الشیعهٔ: ج ۱۶ ص ۷ ب ۵ أنّه لا یصلح العتق .. ح ۴.

(۵) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۴ ح ۱۱۴۳.

و لأنّه لیس من الإیقاع فی شیء، و لأنّ النذر إنّما یتعلّق بفعله.

و قیل: لأنّه لا بدّ من تحقّق الملک قبل العتق، إذ لا عتق إلّا فی ملک. و لو انعتق بالملک اقترنا فلم یقع فی الملک.

و ردّ بجواز کونه کتملّک من ینعتق علیه، و لذلک احتمل أن ینعتق بالملک بلا إعتاق کما اختاره ابن حمزهٔ.

و یختص الرق «۱» بأهل الحرب من الکفّار و هم الّذین یقاتلون حتّی یسلموا، و لا یقبل منهم جزیهٔ.

و قوله خاصّهٔ بمعنی أنّ لهم مزید اختصاص بالاسترقاق و بأهل الذمهٔ، و هم الیهود و النصاری و المجوس إذا أخلّوا بشرائط الذمّهٔ فإنّهم یلتحقون حینئذ بأهل الحرب. و لا یسترقّون إلّا بالشرائط المتقدّمهٔ فی الجهاد ثمّ إذا استرقّوا یسری الرقّ فی أعقابهم المتجدّدین بعد الاسترقاق و إن أسلموا ما لم یتحرّروا فتسری الحرّیهٔ فی الأعقاب المتأخّرهٔ إلّا إذا کان أحد الأبوین حرّا فتغلب الحرّیهٔ، إلّا مع شرط الرقّ کما تقدم فی النکاح.

و لا فرق فی جواز الاسترقاق بین سبی المؤمنین و غیرهم من فرق الإسلام و الکفّار و إن اختصّ الرقیق بالإمام أو کانت فیه حصّهٔ فقد رخّصوا ذلک للشیعهٔ فی زمن الغیبهٔ، و غیر المؤمن یملک بالسبی فی الظاهر، فیصحّ الشراء منه، و یقوی التملّک بالاستیلاء علی سبیه بغیر عوض.

و یجوز شراء ولد الحربی و بنته و زوجته و أُمّه و غیرهم من أقربائه و غیرهم منه، إذ هم فیء فی الحقیقهٔ للمسلمین، یجوز لهم الاستنقاذ بأیّ وجه أمکنهم، فهو استنقاذ فی الحقیقهٔ، و قد مضی فی المتاجر التردّد فی لحوق أحکام البیع به.

و کلّ من جهلت حرّیته إذا أقرّ بالرقّ حکم علیه به مع بلوغه و رشده للأخذ بالإقرار. و قول علیّ (علیه السّلام) فی صحیح ابن سنان: الناس کلّهم

(۱) فی القواعد: الملک.

أحرار إلّا من أقرّ علی نفسه بالعبودیهٔ و هو مدرک من عبد أو أمهٔ، و من شهد علیه بالرقّ صغیراً کان أو کبیراً. «۱» فلا یلتفت إلی إنکاره بعد و لو أقام بیّنهٔ علی الحرّیهٔ لتکذیبه البیّنهٔ، إلّا أن یظهر تأویلًا لإقراره بأن یقول: إنّی لم أکن أعلم تولّدی بعد عتق أبویّ فلذا أقررت بالرقّ ثمّ ظهر لی ذلک بالبیّنهٔ أو الشیاع. و لو عیّن مولاه فأنکر رقّیته له رجع حرّا، و احتمل الرقّیهٔ المجهولهٔ المالک.

و فی اعتبار الرشد خلاف، من عموم الخبر و أخذ العاقل بإقراره مع أنّه لیس من الإقرار بالمال، إذ لا مالیّهٔ إلّا بالأخذ بإقراره. و من أنّه إذا سمع إقراره حکم بکونه مالًا قبل الإقرار فهو إقرار بالمال، و لاستلزامه الإقرار بخروج ما بیده فعلًا أو قوّهٔ عن ملکه.

و کذا یحکم برق الملتقط فی دار الحرب إذا لم یکن فیها مسلم یمکن تولّده منه بمعنی جواز استرقاقه، لأنّه فی حکم ذراریهم،

فلا يكون رقيقاً ما لم يسترقّ.

و لا يصحّ عتق الكافر مطلقاً وفاقاً للأكثر، و حكى عليه الإجماع فى الانتصار؛ للأصل، و يعارضه أصل عدم الاشتراط و غلبة الحرّية و للنهى عن إنفاق الخبيث، و فيه أنّه غير مفهوم من الإنفاق مع اختصاصه بالواجب، و كون الخبيث بمعنى الرديء من جهة الماليّة، و ربّما لم يكن الكافر كذلك. و لقوله (عليه السّلام): «لا عتق إلّا ما أُريد به وجه اللّه» «٢» و فيه أنّه ربّما تسبّب ذلك لإسلامه و لو فى ظنّ المعتق، كما روى أنّ أمير المؤمنين (عليه السّلام) أعتق عبداً نصرانيّاً فأسلم «٣» أو أراد به وجه اللّه لكونه إنساناً و عبداً من عبيد اللّه، أو كان المعتق كافراً مقرّاً باللّه. و لخبر سيف بن عميرة سأل الصادق (عليه السّلام) أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً؟ قال: لا «۴».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٣٣ ب ٢٩ أنّ الأصل فى الناس .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶ ب ۴ اشتراط صحّة العتق .. ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٩ ب ١٧ جواز عتق المستضعف .. ح ٢.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٠ ب ١٧ جواز عتق المستضعف .. ح ۵.

و هو أخصّ من المدّعى. و لأنّه يتسلّط بالحرّية على أهل الدين و يقوى على معاصى اللّه، و ضعفه ظاهر و قيل فى النهاية و الاستبصار و النافع يجوز مع النذر جمعاً بين الخبرين، و قد يحمل على أنّه نذر إعتاقه و هو لا يعلم أنّه كافر و قيل فى الخلاف و المبسوط و الجامع: يجوز مطلقاً لانتفاء الدليل على البطلان، و عموم أدلّة الإعتاق، و ما سمعته من فعل علىّ (عليه السّلام) «١» و إرشاد قوله تعالى: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» «٢» إليه.

و يصحّ عتق ولد الزنا صغيراً أو كبيراً إذا كان مسلماً ظاهراً على رأى وفاقاً للأكثر؛ للأصل، و الحكم بإسلامه ظاهراً، و قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر سعيد بن يسار: لا بأس بأن يعتق ولد الزنا «٣».

و خلافاً لابن إدريس بناء على كفره، و ادّعى الإجماع عليه، و ربّما أُيّد بقوله (عليه السّلام): ولد الزنا لا ينجب «۴» و قول الصادق (عليه السّلام): من ولد للزنا لا يدخل الجنّة «۵». و الإجماع ممنوع، و لو سلّم ففى الباطن. و الخبران ليسا من الدلالة فى شيء، و لو سلّم سندهما فلانتفاء الموافاة.

و يصحّ عتق المخالف و إن كره، لقول الصادق (عليه السّلام): ما أغنى اللّه عن عتق أحدكم تعتقون اليوم و يكون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفاً «۶» دون الناصب لكفره.

و هل يصحّ عتق الجانى؟ الأقرب ذلك إن كانت الجناية خطأ و ادّى المولى المال أو ضمنه مع رضاه أى المستحقّ و هو المجنىّ عليه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٣٣ ب ٢٩ أنّ الأصل فى الناس .. ح ١.

(٢) النساء: ٩٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٩ ب ١۶ جواز عتق ولد .. ح ١.

(۴) راجع الطرائف لابن طاوس: ص ۴۶٩.

(۵) عوالى اللآلى ج ٣ ص ۵٣۴، و فيه: عن الرسول (صلّى اللّه عليه و آله).

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۲۰ ب ۱۷ جواز عتق المستضعف .. ح ۳.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۸، ص: ۳۴۶

أو وارثه بضمانه، فإنّ المانع إنّما هو تعلّق الحقّ برقبته و قد انتفى بأحد الأمرين، و إن أعتق قبل تحقّق واحد منهما احتملت الصحّة مراعى، فإن أدّى أو ضمن برضا المستحقّ انكشفت الصحّة، و إلّا البطلان، و العبارة تحتمله. و الأقوى البطلان؛ لتعلّق حقّ الغير بالرقبة، و لأنّ الصيغة لا تؤثّر حين الإيقاع، فبعده أولى. نعم إن لم تستوعب الجناية الرقبة كان المعتق أحد الشريكين و إلّا يجتمع ما ذكر بأن كانت الجناية عمداً أو خطأ و لم يؤد و لم يضمن و لم يرض المستحقّ فلا يصحّ العتق؛ لتعيّن الحقّ فی الرقبة.

و فی المبسوط: يصحّ فی العمد، لأنّه لا يمتنع القود.

و للمستحقّ أحد الأُمور: إمّا البيع و الاسترقاق أو القود، فإذا أُعتق بقی له القود دون الخطأ؛ لتعلّق الحقّ بالرقبة مع انتفاء القود.

و أطلق فی النهاية صحّته فی الخطأ و ضمان المولى دية المقتول، لأنّه عاقلته.

و لا- يشترط التعيين على رأی وفاقاً للمشهور، و فی الكنز أنّه لم يظهر خلافه؛ للأصل، و تغليب الحرّية، و وقوع العتق مبهماً فی الشرع فيما إذا أعتق مماليكه كلّهم فی مرضه و لم يخرجوا من الثلث و لم يجز الورثة فإنّه يخرج قدر الثلث بالقرعة. و قد احتمل الاشتراط لكونه معيّناً، فلا بد له من محلّ معيّن، و للاستصحاب.

و على المختار فلو قال: «أحد عبيدی حرّ» صحّ و عيّن من شاء منهم من غير قرعة فإنّه لما تعيّن فی نفسه و أُبهم عندنا. و قيل بالإقراع و احتمله فی التحرير.

و إذا عيّن أحدهم لا- يجوز العدول عنه إلى غيره، فإن عدل لغا و لم يؤاخذ بعتقهما، لأنّه ليس إعتاقاً و لا إقراراً، و لم يبق لما أوقعه من العتق محلّ بعد تعيين الأوّل.

و الأقرب وجوب الإنفاق على الجميع و المنع من استخدام أحدهم أو بيعه قبله أی التعيين، فالإنفاق لعدم العلم بالمسقط، و لمنعه كلّاً منهم منافعه

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۸، ص: ۳۴۷

بترك التعيين، و ضعف دلالة ترك الإنفاق على أحدهم على التعيين. و يحتمل العدم، بناء على العلم بالسقوط فی حقّ أحدهم و إن لم يتعيّن، و قد يبنى الوجهان على احتمالی وقوع الانعتاق بالتعيين، و وقوعه بالصيغة و كشف التعيين.

و المنع من الاستخدام أو البيع؛ لاحتمال كلّ منهم الحرّية. فيجب الاجتناب عن الكلّ من باب المقدّمة، مع ضعف دلالة الاستخدام على التعيين للرقّية. و يحتمل الجواز؛ للاستصحاب، و بناء على تأخّر الحرّية عن التعيين. و يقوى فی البيع لقوّة دلالته على اختيار الرقّية.

[و احتمل فی التحرير بعيداً أن يكون الاستخدام تعييناً، محتملًا أيضاً كون وطء الجارية تعييناً و كذا اللمس و النظر بشهوة] «۱».

و لو مات و لم يعيّن عيّن الوارث من غير قرعة؛ لانتقال الملك إليه مع عدم التعيّن فی نفسه.

و قيل فی المبسوط و الشرائع و استقرب فی التحرير: إنّه يقرع و هو هنا محتمل و إن لم يقل به إذا كان حيّاً؛ لاحتمال الوارث أن يكون المورث عيّن فی نفسه أحدهم و إن لم ينطق به.

و لو عيّن ثمّ اشتبه عليه أخّر التعيين حتّى يذكر و لم يكن له تعيين من شاء بقرعة أو لا بها و يعمل بقوله متى عيّن بعد الاشتباه.

فإن ادّعى بعض المماليك أنّه المقصود دون من عيّنه فالقول قول المالك مع اليمين إن لم يكن للمملوك بيّنة فإنّه فعله، فإن نكل و حلف المملوك أُعتق و لو عيّن بعد الاشتباه ثمّ عدل عن المعيّن لم يقبل العدول فی المنسیّ به و هو الأوّل على ما ادّعاه ثانياً، و لا يوجد فی بعض النسخ «۲» و حكم بعتقهما للأخذ بالإقرار.

و إن لم يذكر لم يقرع و إن طالت المدّة إلّا بعد موته لرجاء تذكّره

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من ق و ن.

(٢) أى أنّ كلمة «به» غير موجودة فى بعض النسخ.

فإن مات و لم يعيّن عيّن الوارث بالقرعة؛ لتعيّنه فى نفسه، و إبهامه عندنا مع اليأس عن التذكّر إلّا أن يدّعى الوارث العلم بالعين فيعمل بقوله مع اليمين لو نازعه غيره و لا بيّنة، لأنّ الأصل معه و انتقال الملك إليه فإن نكل قضى عليه.

و لو صدّق أحد الوارثين أحد المدّعيين للتعيين و الآخر الآخر حكم بعتق حصّة كلّ منهما فيمن صدّقه أخذاً بإقراره فى حقّه دون حقّ الغير. و عن الصادق (عليه السّلام): إذا شهد بعض الورثة أنّ الموروث أعتق عبداً من عبيده لم يضمن الشاهد و جازت شهادته فى نصيبه «١».

[الركن الثانى: المعتق]

الركن الثانى: المعتق و شرطه البلوغ و العقل و الاختيار و القصد و نيّة التقرّب به إلى اللّه سبحانه و تعالى و جواز التصرّف بفكّ الرقّية فلا ينفذ عتق الصبىّ و إن بلغ عشراً على رأى وفاقاً للأكثر، و هو قضيّة أُصول المذهب.

و خلافاً للنهاية و الجامع استناداً إلى خبر زرارة عن الباقر (عليه السّلام): إنّه إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّ له من ماله ما أعتق و تصدّق على وجه المعروف «٢». و هو ضعيف مرسل. و فى النافع أنّ به رواية حسنة.

و لا ينفذ عتق المجنون المطبق و لا غيره إلّا وقت إفاقته فإن ادّعى الإيقاع فى الجنون قُبل إن عرف له حال جنون.

و لا عتق المكره و قد مرّ بيانه فى الطلاق و لا الغافل و لا الساهى و النائم و السكران و المغمى عليه و الهازل، فإنّما الأعمال بالنيّات، و لا إيقاع بلا قصد. و سئل الباقر (عليه السّلام) عن عتق المكره، فقال: ليس عتقه بعتق «٣». و الصادق (عليه السّلام) عن طلاق السكران و عتقه، فقال: لا يجوز «٤». و عنهما (عليهما السّلام) إنّ المُدلّه ليس عتقه

---

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٨ ح ١١٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٦ ص ٥٧ ب ٥٦ حكم عتق الصبىّ .. ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٤ ب ١٩ انّه يشترط فى العتق .. ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٢٨ ب ٣٤ من أبواب مقدّماته ح ٥.

بعتق «١» إلى غير ذلك من الأخبار.

و لا عتق الكافر على رأى وفاقاً للمحقّق و ابن إدريس، لأنّه ملزوم للولاء، و الكافر ليس أهلًا له، لأنّه سبيل، وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا، وَ الْمُؤْمِنُونَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيٰاءُ بَعْضٍ لتعذّر نيّة التقرّب منه لأنّه لا يعرف اللّه سبحانه، و لا يترتّب على نيّته ثواب، و لذا لا يصحّ عباداته، مع أنّه لا عتق إلّا ما أُريد به وجه اللّه.

و خلافاً للخلاف و المبسوط تغليباً للحرّية. و لأنّه فكّ ملك، و ملك الكافر أضعف. و لأنّه يجوز وقفه و صدقته تغليباً للماليّة

على العبادة، فهنا أولى. مع منع أنّه ليس أهلًا للولاء مطلقاً، و إنّما ينتفى عنه الإرث و عليه العقل كما فى النسب. و كون المؤمنين بعضهم أولياء بعض لا ينفى الولاية عمّن عداهم، على أنّ المراد الولاية الدينيّة و هى منتفية. و منع اعتبار ترتّب الثواب فى نيّة القربة. و أنّه لا يعرفه سبحانه، إذ يكفى فى التقرّب إليه أدنى معرفة يشترك فيها أرباب الملل و النحل، إلّا أن يكون نافياً للصانع جملة، و لذا فصّل فى المختلف بالفساد من النافى للصانع و الصحّة من غيره، و لعلّ من أجمل نظر إلى ندرة النافى أو انتفائه.

و قد يرشد إلى النفوذ قوله تعالى «فَكُّ رَقَبَةٍ. أَوْ إِطْعامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ. يَتِيماً ذا مَقْرَبَةٍ. أَوْ مِسْكِيناً ذا مَتْرَبَةٍ. ثُمَّ كانَ مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا» «٢».

و ليس لقائل أن يقول: إنّه إن كان مرتدّاً أمكنت منه نيّة القربة، لأنّه كان عرفه سبحانه حين الإسلام، لأنّه الآن جاحد.

و لا عتق المحجور عليه لسفه أو فلس كسائر تصرّفاتهما فى أموالهما، و لبعض العامّة قول بنفوذ عتقهما. و الظاهر صحّته من السفيه بإذن الولىّ إذا كان أصلح له.

و لا عتق غير المالك ملكاً تامّاً كالموقوف عليه و الراهن إلّا إذا

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٥ ب ٢٠ اشتراط العتق .. ح ١ و فيه: ليس عتقه عتقاً.

(٢) البلد: ١٣ ١٧.

أجاز المرتهن و لو بعد الإعتاق، و أجاز بعض العامّة إعتاق الراهن مطلقاً.

و المريض المستلزم نفوذ عتقه فى جزء ما من مملوكه و إن قلّ التصرّف فى أكثر من الثلث للتركة على القول بأنّه لا تنفذ منجّزاته إلّا فى الثلث، كأن لم يكن له إلّا عبد قيمته ثلاثون و كان العبد إذا أُعتق منه شىء رجعت قيمته إلى عشرة، فإن أعتقه استلزم نفوذ عتقه أن لا يبقى للورثة إلّا ستّة و ثلثان هى ثلثا قيمته بعد العتق، فيفسد على إشكال.

ينشأ من أنّه أى الإعتاق المقتضى لذلك كالإتلاف و نقص السوق فلا يبطل تصرّفه فى الثلث، كما أنّه إذا لم يكن له إلّا ثلاثة مماليك فأوصى بعتقهم أو عتق ثلثهم ثمّ قتل أحدهم فإنّه تنفذ وصيّته فى ثلث الباقين، و كما إذا نقصت القيمة للسوق من غير مدخلية لتصرّفه و لأنّ من المعلوم ثبوت مال له فى هذا العبد مع عموم قوله (عليه السّلام): المريض محجور عليه إلّا فى ثلث ماله «١». فلا يبطل تصرّفه فى ثلثه و إن أدّى إلى النقص فى ثلثى الورثة.

و من وجود المقتضى للبطلان «٢» لبطلان العتق فيما زاد على الثلث فيه «٣» و نفوذ هذا العتق مستلزم لتفويت الزائد على الثلث على الورثة، فكأنّه أعتق ما زاد على الثلث و هو باطل، و بطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم «۴». و المحصّل أنّ هذا النقص من تصرّف المريض أو من إتلافه، فيبطل على الأوّل دون الثانى.

فلو كانت قيمته ثلاثين و رجع بالتشقيص كلّ جزء إلى ثلث قيمته حتّى رجعت قيمة الكلّ إلى عشرة ثمّ كسب العبد ثلاثين قبل الموت

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١۴۴ ب ٣ من كتاب الحجر.

(٢) ليس فى ن.

(٣) فى ن «أى الثلث أو هذا العبد و هو التصرّف فى أكثر من الثلث، لأنّ النفوذ».

(۴) فى ن: «أو يعنى من وجود المقضى للبطلان، لأنّ العتق فيما زاد على الثلث فى العبد باطل لكونه تصرّفاً فيما زاد على الثلث، و

هذا العتق أيضاً تصرّف فى الزائد على الثلث».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣٥١

أى موت المولى صحّ العتق قطعاً فى شى‌ء منه؛ لاندفاع المقتضى للفساد، لأنّه زاد المال حتّى لم يلزم تفويت أكثر من الثلث على الورثة، و لا- يتفاوت الحال فى ذلك بين كسب العبد و غيره، لكنّه لا إشكال إلّا فيما إذا كسب و كان المكسب له، فإنّ له من كسبه بقدر ما تحرّر منه، فتصير المسألة من دوريات الجبر و المقابلة، إذ ليس له من كسبه إلّا ما بإزاء ما تحرّر منه، و لا يعلم ما تحرّر منه إلّا إذا علم مقدار ما يبقى للورثة، و لا يعلم إلّا إذا علم ما بقى «١» لهم من الكسب «٢» و لا- يعلم إلّا إذا علم ما للعبد منه، و لا- يعلم إلّا إذا علم ما تحرّر منه. و أيضا حصول الكسب يزيد التركة، و هو يوجب حصول العتق و استحقاق مقابله من الكسب، و هو يستلزم نقص التركة المستلزم لنقصهما المستلزم لزيادتهما المستلزم لنقصها المستلزم لنقصهما و هكذا لا إلى نهاية، فلا بدّ من معرفة ما تحرّر منه و ما بإزائه من الكسب بالجبر و المقابلة.

فعلى الثانى و هو البطلان لولا الكسب يصحّ العتق فى شى‌ء لوجود المقتضى و ارتفاع المانع و له من كسبه ثلاثة أشياء و للورثة ستّة أشياء ضعف الثلاثة، و إنّما كان له ثلاثة أشياء لأنّ المعتق منه فى تقدير ثلاثة أشياء من قيمته الأُولى لأنّه أُعتق و قيمته ثلاثون فنقص إلى عشرة، و اعتبرت القيمة الأُولى الّتى هى ثلاثة أمثال الثانية فى قدر ما تحرّر منه لأنّ العبد يحسب عليه نقصان الجزء لأنّه أى النقصان إنّما طرأ لمنفعته فكان ما نقص كالواصل إليه فلم ينقص ممّا أعتق منه شى‌ء.

و إنّما كان للورثة من الكسب ستّة أشياء، لأنّه لا يحسب على الورثة نقصان جزئهم أى الجزء الّذى يبقى لهم من العبد لعدم وصوله أى ما نقص إليهم فلهم من العبد و الكسب ضعف الجزء المنعتق الآن، و هو شى‌ء مع ما نقص و هو شيئان، فيكون ستّة أشياء، و ثلاثة منه ليست من التركة.

فالعبد و كسبه فى تقدير عشرة أشياء ستّة للورثة و الباقى للعبد

---

(١) فى ق و ن: «يبقى».

(٢) فى ق و ن: «المكسب».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣٥٢

فالشى‌ء المعتق من العبد أربعة «١» من عشرة و هى خمسا قيمته الآن و له من كسبه اثنا عشر خمسا كسبه، و لهم من العبد ستّة من عشرة هى ثلاثة أخماس قيمته، و من الكسب ثمانية عشر ثلاثة أخماسه [و فيه أنّ المورث كما فوّت عليهم الشقص من العبد الّذى قيمته اثنا عشر فوّت عليهم اثنا عشر اخرى بالنقص، فينبغى أن يكون لهم من التركة ضعف أربعة و عشرين، و إنّما يتمّ بأخذهم ما للعبد من الكسب، و لا يبعد أن يريده و إن لم يصرّح به، و أمّا الاجتزاء به عن النقص بمالهم من الكسب فلا يصحّ، لأنّ التركة فى الحقيقة على هذا ثمانية و أربعون، ثلاثون منها العبد و ثمانية عشر كسبه، لخروج اثنا عشر من الكسب عن التركة، و ليس للمورث التصرف فى أزيد من الثلث ليبقى للورثة الثلثان و هى اثنان و ثلاثون] «٢» هذا إذا فرض الناقص من قيمة ما تحرّر موجود و اتبع مقابلة من الكسب.

و يحتمل أن لا يعتبر من الكسب فى مقابلة الناقص لانتفائه حقيقة و حينئذٍ يقال: عتق منه شى‌ء و له من كسبه شى‌ء بإزاء ما عتق منه و للورثة ستّة أشياء إذ لا يحسب عليهم النقص فالعبد و كسبه فى تقدير ثمانية أشياء، فالشى‌ء المعتق منه خمسة خارجة من قسمة الأربعين على الثمانية، فالمعتق خمسة من عشرة و هو النصف [و لهم من الكسب خمسة] «٣» لأنّه يؤخذ من حصّته من الكسب لولا النقص، و هى ثلاثة أمثال الخمسة ما فوّت على الورثة من نصيبهم بالتشقيص، و هو شيئان و هما هنا عشرة و ينبغى

أن يكون للورثة من نفسه.

و ضمان التفويت و كسبه جملة مثلًا ما انعتق لولا النقص أى الثلاثون خاصّة أى لا يجمع بين مثلى ذلك و مثلى ما للعبد من الكسب، فإنّهم يعطون من الكسب ما فوّت عليهم و هو كذلك هنا، لأنّه قد انعتق منه خمسة، و هى فى تقدير خمسة عشر الّتى هى نصفه لولا النقص و فوّت

(١) فى ن: «فالشيء أربعة، فإنّ العبد و كسبه أربعون، فالمعتق من العبد أربعة».

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من ن.

(٣) ما بين المعقوفين زيادة من ن.

عليهم عشرة من نصيبهم من رقبته، فحصل لهم خمسة من نفسه و خمسة عشر من كسبه بإزاء ما بقى لهم من الرقبة بتقدير عدم النقصان و عشرة بدلًا ممّا فوّت و للعبد من الأربعين عشرة، خمسة من نفسه و خمسة من كسبه، و للورثة ثلاثون خمسة من العبد و الباقى من كسبه.

و يحتمل ضعيفاً أن يجبر جميع النقص من قيمته من كسبه، لأنّه أى النقص بتفويته و بعضه لا كلّه عبد فيضمن ما فوّته من ماله الّذى اكتسبه و الناقص عشرون فيجبرها من كسبه، فيصير الكسب بتقدير عشرة هى ثلث القيمة، فنقول: عتق منه شيء و له من كسبه ثلث شيء لأنّ المتخلّف منه بعد جبر النقص ثلث القيمة و للورثة شيئان مثلا ما عتق منه فالعبد و الكسب فى تقدير ثلاثة أشياء و ثلث بجعل الكلّ من جنس الثلث يصير عشرة، للورثة شيئان هما ستّة من عشرة، و له شيء و ثلث و هما أربعة، ثمّ الأربعة إذا بسطت من جنس الثلث فالشيء الّذى للعبد اثنا عشر لأنّها الخارجة من قسمة الأربعين على ثلاثة و ثلث، و يعتق من العبد اثنا عشر و قد كانت قيمته عشرة فينعتق كلّه و يأخذ دينارين تتمّة الشيء الّذى له من نفسه من كسبه و له من كسبه ثلث شيء هو ثلث الاثنى عشر أربعة فله من الأربعين ستّة عشر فيبقى للورثة أربعة و عشرون، و هى ضعف ما انعتق و تتمّته إذا كان المنعتق عشرة و تتمّته اثنين و ضعفه، لأنّه لم يعهد نفوذ العتق فى الرقبة و شيء من المال، و لأنّه لو انعتق كلّه كان له الكسب كلّه؛ لسبق العتق على الكسب، و لعدم اندفاع التصرّف فى أكثر من الثلث.

و على الأوّل و هو صحّة العتق لولا الكسب يحتمل أن يجبر من كسبه ما فوّته بالعتق لأنّا إنّما لم نجبره عند عدم الكسب للضرورة فيجيء ما سبق من الاحتمالات.

و يحتمل عدمه أى الجبر، و هو الأقوى، لأنّا جعلنا الناقص كالتالف، و النقص للسوق فلا جهة لجبره من الكسب فيكون بمنزلة عبد لم يكن قيمته

إلّا عشرة و كسب ثلاثة أمثال قيمته فيكون التركة أربعين، و ينفذ العتق فى تمام العبد؛ لكونه أقلّ من الثلث.

و لو أجاز العتق بعض الورثة مضى فى حقّه كالتالف من الأصل، و فى حقّ باقى الورثة من الثلث فلو كان الوارث ولدين له عتق نصفه و هو حصّة المجيز، و ثلث النصف الآخر و هو السدس و النقصان حينئذ كالتالف قطعاً فى أنّه لا يبطل به العتق؛ لإجازة بعض الورثة، و عدم تفرد المريض فى التسبّب للنقصان، فيكون كعبد مشترك بينه و بين غيره فأعتق الشريك فتسبّب لنقصان قيمته فيصحّ العتق و إن لم يكن فى التركة سواه من الثلث فى حقّ غيره أى غير المجيز.

و لو كان فى التركة كسب أوله مال غيره لم يجبر النقص منه لكونه كالتالف، و مثل ذلك إذا كان عتق أيّ جزء منه ينقص قيمته

إلى عشرة فجمع المولى بين إعتاقه و الجناية عليه بما يؤدّى إلى ذلك، فإنّه يصحّ العتق أيضاً، و يكون النقص كالتالف، لأنّ الجناية سبب مستقلّ فى النقص، و لم يضمن المولى ما جنى، لأنّ تضمينه ينفى العتق، و هو يستلزم نفى الضمان.

و يصحّ عتق مكاتبه و مدبّره و أُمّ ولده لأنّهم أرقّاء و إعتاقهم تعجيل خير لهم.

و فى الحسن عن أمير المؤمنين (عليه السّلام): أيّما رجل يترك سرّية لها ولد أو فى بطنها ولد أو لا ولد لها فإن أعتقها ربّها عتقت، و إن لم يعتقها حتّى توفّى فقد سبق فيها كتاب اللّه «١» الخبر.

و فى الصحيح عن محمّد بن مسلم سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل دبّر مملوكاً له ثمّ احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه و إن شاء أمسكه حتّى يموت «٢».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٠٧ ب ۶ أنّ أُمّ الولد إذا كان .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ج ١۶ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبر و عتقه .. ح ١.

و ليس لولىّ الطفل أو المجنون العتق عنه إلّا مع المصلحة كما فى المملوك الكبير كبراً يعجز معه عن الخدمة و الكسب.

و بالجملة العاجز كبيراً أو غيره مع عدم رغبة المشترى فيه فإنّه يعتقه تفصّياً من النفقة و كذا ولىّ السفيه إذا امتنع نفسه من الإعتاق فإنّ من شأن أوليائهم التصرّف فى أموالهم على قضيّة مصالحهم.

و لو أعتق مملوك ولده الصغير بعد التقويم على نفسه و كان فى ذلك مصلحة الولد صحّ العتق و لا يصحّ قبله إلّا مع المصلحة.

و احتمل الشهيد الصحّة، و يكون ضامناً للقيمة كعتق البائع ذى الخيار و لا مملوك الكبير الكامل بعده أو مع المصلحة؛ لانتفاء الولاية عنه. و عليه ينزّل إطلاق الشيخ فى النهاية و خبر زيد بن علىّ عن آبائه عن علىّ (عليهم السّلام) قال: أتى النبىّ (صلّى اللّه عليه و آله) رجل فقال: يا رسول اللّه إنّ أبى عمد إلى مملوك لى فأعتقه كهيئة المضرّة لى، فقال رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله): أنت و مالك هبة اللّه لأبيك، أنت سهم من كنانته يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور و يجعل من يشاء عقيماً، جازت عتاقة أبيك يتناول والدك من مالك و بدنك و ليس لك أن تتناول من ماله و لا من بدنه شيئاً إلّا بإذنه «١».

و الأولى بلفظ «الرجل» أن يحمل على الكبير الناقص أو استحباب إجازته فعل أبيه، على أنّ الخبر ضعيف.

و لو أعتق مملوكه عن غيره بإذنه وقع عن الآمر عند الأكثر لأنّه إنّما نواه عنه، و إنّما الأعمال بالنيّات. خلافاً لابن إدريس فأوقعه عن المعتق إذ لا عتق إلّا فى ملك، و لا ناقل هنا، إذ لم يقع إلّا العتق، و هو زوال الملك لا انتقاله.

و الجواب: إنّ إيقاع العتق عنه تضمّن نقل الملك إليه، لصحيح بريد بن معاوية سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات قبل أن يعتق فانطلق ابنه فابتاع رجلًا من كسبه فأعتقه عن أبيه و أنّ المعتق أصاب بعد ذلك مالًا ثمّ مات و تركه لمن يكون تركته؟ فقال: إن كانت الرقبة الّتى كانت على أبيه فى ظهار

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶۶ ب ۶٧ حكم ما لو أعتق الوالد .. ح ١.

أو نسك أو واجبة عليه فإنّ المعتق سائبة لا سبيل لأحد عليه، قال: و إن كانت الرقبة على أبيه تطوّعاً و قد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإنّ ولاء المعتق ميراث لجميع ولد الميّت من الرجال، قال: و إن كان ابنه الّذى اشترى الرقبة فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوّعاً منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك فإنّ ولاءه و ميراثه للّذى اشتراه من ماله و أعتقه عن أبيه إذا كان لم

يكن للمعتق وارث من قرابته «١».

فإنّ ثبوت الولاء لورثة الأب إذا كان أمره دليل على الانتقال و وقوع العتق عنه، و لا بعد فى تملّك الميّت إذا أحدث فى حياته سبباً له، و هو الأمر، و إذا ثبت الانتقال إلى الميّت فالحيّ أولى.

و لو سلّمنا عدم الانتقال إليه لم يضرّنا، فإنّ ثبوت الولاء دلّ على العتق عنه، و هو المطلوب. لكن يرد عليه أنّه يجوز أن يراد أنّه أمر ابنه بالإعتاق من تركته و هو أوفق بالأُصول و إن خالف الظاهر.

و هل ينتقل إليه عند الأمر المقارن للفعل ليتحقّق العتق فى الملك؟ الأقرب ذلك، لأنّه بأوّل جزء من الإيقاع ملّكه إيّاه لأنّ الأمر يتضمّن طلب التمليك، و الشروع فى امتثاله يتضمّن القبول و هو التمليك «٢» و لأنّه لا بدّ من تأخّر العتق عن الملك، و بتمام الصيغة يتمّ العتق، فلا بد من الانتقال قبله، و لا يكفى الاستدعاء ما لم يقترن بالإجابة. و لا يرد عليه أنّه يلزم إذا لم يكمل الصيغة أن ينتقل و لا ينعتق، فإنّ الناقل إنّما هو الأمر مع أوّل جزء من الصيغة، و إذا لم يكمل الصيغة لم يكن المأتيّ به أوّل جزء منها، و لا يلزم من ذلك أن لا ينتقل ما لم يكمل الصيغة، فإنّ إكمالها يكشف عن الانتقال عند أوّلها، فأوّلها كالمضغ فى تماميّة الملك به، أى كما أنّ الضيف يملك الطعام بالمضغ الّذى هو أوّل أجزاء الأكل فكذا الآمر يملك هنا بأوّل أجزاء الصيغة.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٤٥ ب ٤٠ أنّ المعتق إذا مات ح ٢، و فيه: «فى ظهار أو شكر أو واجبة».

(٢) كذا، و الظاهر: التملّك.

و قد قيل هناك بالملك حين الأخذ و حين الازدراد و حين الوضع فى الفم، و الأقوى أنّه لا ضرورة فيه إلى الملك، لإباحة التناول.

و قيل: إنّ الانتقال هنا بتمام لفظ الإعتاق، فينتقل أوّلا ثمّ ينعتق و يتأخّر الانعتاق عن الإعتاق، كما إذا قال: «أعتقت عبدى عنك بكذا» فإنّه لا ينعتق ما لم يقبل. و دليله أنّ الانتقال لا يتمّ إلّا بإجابة المستدعى، و لا يتمّ الإجابة إلّا بتمام الصيغة، و لمّا لم يمكن العتق إلّا فى ملك فلا بدّ من تقدّمه عليه آناً، لاستحالة اتّفاقهما للتناقض.

و يندفع بأنّ الإجابة هنا ضمنيّة و يكفى فيها الشروع فى الصيغة.

و قيل: ينتقل بالأمر، و الإعتاق كاشف عنه. و فيه أنّه ليس الاستدعاء، و لا دلالة له على النقل بوجه. و قيل: يحصل العتق و الانتقال معاً بتمام الصيغة. و فيه جمع بين النقيضين و ليس لأحد أن يقول إذا انتقل الملك إلى الآمر لم يصحّ العتق و لا إتلافه إلّا بالإذن بعد التملّك، لأنّه أتلفه نيابة عنه أى بإذنه، و يكفى الإذن قبل التملّك معلّقاً كأن يقول: اشتر لى بمالى عبداً ثمّ أعتقه عنّى.

فلو كان المملوك المعتق أباً للآمر صحّ عتقه فى الكفّارة على إشكال من أنّه عتق صدر اختياراً بالصيغة المشروعة لا اضطراراً بالنسب. و من أنّه لمّا ملكه انعتق قهراً لا بالصيغة، و إنّما كشف تمام الصيغة عن تقدّم الملك لكشفه عن إجابة استدعائه، و لمّا تحقّق الملك تحقّق الانعتاق بعده بلا فصل، و قد قلنا: إنّه يملكه عند أوّل الصيغة فينعتق بعد ذلك قبل تمامها لا بتمامها، و هو الأقوى.

[الركن الثالث: اللفظ]

الركن الثالث: اللفظ و يعتبر فيه لفظان. التحرير و الإعتاق لكونهما صريحين، و قد نطقت بهما النصوص «۱». أمّا التحرير فلا يظهر فيه خلاف، و أمّا الإعتاق فيظهر المنع منه من جماعة، و تردّد فيه المحقق.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸ ب ۶ استحباب كتابة كتاب ..

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۸، ص: ۳۵۸

و الأقوى الوقوع؛ للنصوص، كالأخبار الناطقة بالصحّة: إذا قال السيّد لأمته: أعتقتك و تزوّجتك و جعلت عتقك مهرك «۱» دون ما عداهما بالاتفاق من صريح مثل فكّ الرقبة و إزالة قيد الملك.

و قد يقال: إنّهما كنايتان أو كناية مثل أنت سائبة أي مرسل أو لا سبيل لي عليك أو لا سلطان لي عليك أو اذهب حيث شئت، أو خلّيتك، أو لا رقّ لي عليك، أو لا ملك، أو أنت للّه، أو لا ولاية لأحد عليك، أو لي عليك، أو لست عبدي و لا مملوكي، أو يا سيّدي أو يا مولاي أو أنت سيدي أو مولاي أو ابني و إن كان أكبر منه أو قال لأمته أو عبده: أنت طالق أو حرام، سواء نوى بذلك كلّه العتق أو لا استصحاباً و اقتصاراً على اليقين، و أوقعته العامّة بالكنايات مع النيّة.

و لا بدّ من الإتيان بصيغة الإنشاء و الإيقاع للعتق مثل أنت حرّ أو عتيق أو معتق أو أعتقتك كما يقتضيه ما مرّ دون حررتك؛ للأصل و هذه و إن كانت في الأصل إخباراً لكنها من الشيوع في إنشاء العتق بمكان و لو قال: يا حر أو يا معتق ففي التحرير إشكال، ينشأ من عدم القطع بكونه إنشاء للعتق. و الأقوى أنّه ليس بإنشاء له، و إنّما هو إنشاء للنداء و إن جاز التجوّز به عنه، لكنّه استعمال نادر يعدّ من الكنايات.

و لو كان اسمها حرّة أو اسمه حرّا فقال: أنت حرّة أو أنت حرّ فإن قصد الإخبار بالاسم لم تعتق، و إن قصد الإنشاء للعتق صحّ و ربّما يعلم إذا لم يقف، فإنّ الاسم غير منصرف، بخلاف الصفة.

و لو جهل الأمر رجع إلى قوله في نيّته للاشتراك، و عدم الوصلة إلى امتياز المراد إلّا قوله، و يقبل و إن خالف القانون، بأن نوّن و ادّعى قصد الإخبار أو عكس.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۵۰۹ ب ۱۱ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏۸، ص: ۳۵۹

فإن تعذّر الاستعلام بموته و نحوه لم يحكم بالحرّية للأصل. و قد احتملت، للظاهر.

و لا يكفي الإشارة مع القدرة على النطق و لا على الكتابة فإنّه بمنزلة العبادات اللفظيّة في أنّه لا بدّ من اللفظ و لا يكفي القصد، و لحسن زرارة قال للباقر (عليه السّلام): رجل كتب بطلاق امرأته أو عتق غلامه ثمّ بدا له فمحاه، قال: ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتّى يتكلّم به «۱».

و كذا لا يكفي النطق بغير العربيّة معها أي مع القدرة عليها؛ للأصل مع تعلّق غرض الشارع باللفظ كما عرفت، و عدم تلقّي غير العربيّة منه. و أمّا مع العجز فيقع بأيّة لغة كان، لأنّها لا تقصر عن الإشارة، و للضرورة.

و لا يقع إلّا منجزاً بالإجماع كما في الخلاف و السرائر و المختلف، إذ لا إيقاع بدونه، مع الأصل.

فلو علّقه بشرط أو صفة من وقت أو غيره لم يقع و إن وجد الشرط و أوقعه القاضي معلّقا على الوقت، و أبو عليّ على الشرط، و ربّما يظهر من النهاية. و في الانتصار: أنّه يقع مشروطاً في النذور و القربات كقوله: إن شفاني اللّه فعبدي حرّ، دون اليمين كقوله: إن دخلت الدار فعبدي حرّ. و نحوه في الغنية.

و لو علّقه بالنقيضين فالأقرب الوقوع إن اتّحد الكلام لأنّ الجمع بينهما دليلُ أنّه لم يرد التعليق بل التأكيد، مع احتمال العدم ضعيفاً؛ لظاهر التعليق، و أمّا مع اختلاف الكلام فالعدم ظاهر.

و لو قال: «أنت حرّ متى شئت» لم يقع و إن شاء، و إن بادر بالمشيئة فإنّه من التعليق، و إنّما أفرده لما قد يتوهّم التحرير بقوله: «أنت حرّ» و إلغاء قوله: «متى شئت» أو أنّه إذا قال: «إنّى كنت شئت حين قلت ذلك» لم يكن من التعليق لاتّحاد زمان المشيئة و الإيقاع.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۵ ص ۲۹۱ ب ۱۴ من أبواب مقدّماته و شرائطه ح ۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۳۶۰

و لا بدّ من إسناد العتق إلى الذات أو أبعاضها المشاعة فإنّه المعهود فى الشرع و العرف، و لأنّ الرقّ كذلك فكذا فكّه، و ذلك بأن يقول: «أنت حرّ أو عبدى أو هذا أو فلان» و يذكر ما يتميّز به عن غيره من اسم أو غيره إن أراد عتق معيّن أو شرطنا التعيين أو نصفك أو ثلثك أو ربعك و نحوها من الأجزاء المشاعة.

أمّا لو أسنده إلى جزء معيّن بأن قال: «يدك حرة أو رجلك أو وجهك أو رأسك» لم يقع و إن شاع إطلاق بعض ألفاظ الأجزاء على الكلّ كالرأس و الرقبة؛ للأصل و الإجماع كما فى الانتصار. نعم إن أراد بالوجه الذات وقع لكونها من معانيه. و للعامّة قول بالوقوع إذا علّق على ما يطلق على الجملة كالرأس و الفرج و أخويه مطلقاً.

و لو قال: بدنك أو جسدك حرّ فالأقرب الوقوع وفاقاً للمحقّق، فإنّ الرقّ إنّما يتعلّق بالجسد، و لاتّحاده مع الذات فى العرف العامّ و إن تغايرا عند التحقيق. و يحتمل العدم؛ للتغاير، و للأصل مع عدم تلقى مثله عن الشارع.

و لو جعل العتق يميناً لم يصحّ اتّفاقاً كما فى الانتصار و الخلاف و الغنية و السرائر إذ لا يمين إلّا باللّه. و فى الصحيح عن منصور بن حازم قال له الصادق (عليه السّلام): إنّ طارقاً كان نخاساً بالمدينة فأتى أبا جعفر (عليه السّلام) فقال: يا أبا جعفر إنّى هالك إنّى حلفت بالطلاق و العتاق و النذور فقال له: يا طارق إنّ هذه من خطوات الشيطان «۱». و ذلك مثل قوله إن فعلت كذا فأنت حرّ بقصد زجره نفسه عن الفعل أو البعث عليه، و لعلّه الفرق بينه و بين التعليق بالشرط.

[الفصل الثانى فى أحكامه]

اشارة

الفصل الثانى فى أحكامه العتق مع الصحّة لازم لا يصحّ الرجوع فيه، سواء اختار العبد ذلك أو لا فإن الحرّ لا يسترقّ. نعم إن لحق بدار الحرب ثمّ استرقّ صحّ.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۱۳۹ ب ۱۴ أنه لا تنعقد اليمين بالطلاق .. ح ۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۳۶۱

و عتق الحامل ليس عتقاً للحمل و بالعكس للأصل، و انتفاء الصيغة و القصد، بل ربما قصد العدم.

خلافاً للشيخ و بنى حمزة و البراج و سعيد فحرّروا الحمل بتحرير الحامل، لخبر السكونى عن الصادق (عليه السّلام): فى رجل أعتق أمة و هى حبلى و استثنى ما فى بطنها: قال الأمة حرّة و ما فى بطنها حرّ، لأنّ ما فى بطنها منها «۱». و هو ضعيف، لكن يؤيّده

ما فى الصحيح عن الوشّاء عن الرضا (عليه السّلام): فى جارية دبّرت و هى حبلى، قال: إن علم به فهو مدبّر، و إلّا فهو رقّ «٢».

و لو شرط على العبد شرطاً فى نفس العتق مثل «أنت حرّ و عليك ألف أو خدمة سنة» لزمه الوفاء به لعموم المؤمنون عند شروطهم، إلّا من عصى اللّه. و خصوص نحو صحيح أبى العبّاس سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل قال: غلامى حر و عليه عمالة كذا و كذا، قال: هو حرّ و عليه العمالة «٣». و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السّلام): فى الرجل يقول لعبده: أعتقتك على أن أُزوّجك ابنتى فإن تزوّجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار فأعتقه على ذلك فيتزوّج أو يتسرّى، قال: عليه مائة دينار «۴».

و هل يشترط فى لزوم الوفاء رضى المملوك بالشرط؟ إشكال من عدم الدخول فى عموم المؤمنون عند شروطهم، بل فى الشرط عليه عرفاً بدون الرضا، مع أصل البراءة من الوفاء و اقتضاء التحرير تبعيّة المنافع، فلا يصحّ شرط شىء منها بدون الرضا. و من عموم الخبرين و نحوهما، و ملك المولى منافعه، و الشرط بمنزلة استثناء بعض منها.

و أقربه العدم فى الخدمة دون المال و نحوه، لأنّ الخدمة من المنافع

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶٧ ب ۶٩ حكم من أعتق أمة حبلى ... ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧۶ ب ۵ أنّ أولاد المدبرة من مملوك .. ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١۴ ب ١٠ من أعتق مملوكاً و شرط عليه ... ح ٢.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١۵ ب ١٢ حكم من أعتق عبده على أن يزوّجه ابنته ... ح ٣.

المتّصلة التابعة للعين أصالة، فشرطها ظاهر فى الاستثناء، بخلاف المال و نحوه، للانفصال و عدم التبعيّة للعين، إلّا إذا حصل. و خبر أبى جرير سأل أبا الحسن (عليه السّلام) عن رجل قال لمملوكه: أنت حرّ و لى مالك، قال: لا يبدأ بالحرّية قبل المال، يقول له: لى مالك و أنت حرّ برضى المملوك و المال للسيّد «١».

و لو شرط إعادته فى الرقّ إن خالف الشرط أُعيد فيه مع المخالفة وفاقاً للشيخ و جماعة، لأنّ المؤمنين عند شروطهم، و لأنّ إسحاق بن عمّار سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يعتق مملوكه و يزوّجه ابنته و يشترط عليه إن هو أغارها أن يردّه فى الرقّ، قال: له شرطه «٢».

و قيل فى السرائر لا يعاد فيه، لأنّ الحرّ لا يعود رقّاً. و الخبر ضعيف مخالف للأصل «٣» و عود المكاتب فى الرقّ مجاز فإنّه لا يعتق إلّا إذا وفى مال الكتابة، و ظاهره صحّة العتق لتغليب الحرّية، و لصدور صيغته الصحيحة، و غاية ما بعدها من الشرط الإلغاء.

و فى المختلف و الإرشاد و التحرير و نكت النهاية بطلان العتق، لأنّه حينئذٍ يكون معلّقاً.

و لو أبق مدّة الخدمة المشترطة كلّاً أو بعضاً لم يعدّ فى الرقّ إلّا إذا شرط العود و أمضيناه، و لا للمولّى عليه الخدمة فى مثل المدّة، لأنّها غير المشروط و لكن له المطالبة بأُجرة الخدمة، و كذا لورثته إن مات و لم يستوفها على رأى وفاقاً لابن إدريس و المحقّق لأنّها حقّ متقوّم فإذا تلفت لزمت قيمتها. و نفى الأجرة أبو علىّ و الشيخ فى ظاهره للأصل.

و أمّا صحيح يعقوب بن شعيب «سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل أعتق جارية و اشترط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت فمات الرجل فوجدها ورثته أ لهم أن

---

(١) الاستبصار: ج ۴ ص ١١ ح ٣٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١۵ ب ١٢ حكم من أعتق عبده على أن يزوّجه ابنته .. ح ٢.
(٣) فى ق و ن: «للأُصول».

يستخدموها؟ قال: لا «١»» فلا يدلّ على شي‌ء من ذلك.

و لا يجزئ التدبير عن العتق الواجب فى كفّارة أو غيرها، و لا بعد موت المولى، لأنّه وصيّة بالعتق. و لخبر إبراهيم الكرخى قال للصادق (عليه السّلام): إنّ هشام ابن أديم سألنى أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث بسيّده حدث فمات السيّد و عليه تحرير رقبة واجبة فى كفّارة أ يجزئ عن الميّت عتق العبد الّذى كان السيّد جعل له العتق بعد موته فى تحرير الرقبة الّتى كانت على الميّت؟ فقال: لا «٢».

و يستحبّ عتق من مضى عليه سبع سنين فى ملكه من المؤمنين، لخبر بعض آل أعين عن الصادق (عليه السّلام) قال: من كان مؤمناً فقد أُعتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، و لا يحلّ خدمة من كان مؤمناً بعد سبع سنين «٣» و يستحبّ عتق المؤمن مطلقاً كما عرفت فى أوّل الكتاب إلّا أن يعجز عن الاكتساب فيؤدّى عتقه إلى التكفّف أو غيره فيخرج عن الإحسان. و فى الصحيح عن هشام بن سالم سأل الصادق (عليه السّلام) عن من أعتق النسمة، فقال: أعتق من أغنى نفسه «۴». فيعينه لو أعتقه استحباباً. ففى الصحيح عن ابن محبوب عن الرضا (عليه السّلام): من أعتق مملوكاً لا حيلة له فإنّ عليه أن يعوله حتّى يستغنى عنه، و كذلك كان أمير المؤمنين (عليه السّلام) يفعل إذا أعتق الصغار و من لا حيلة له «۵».

و يكره عتق المخالف لأنّه إكرام و إعانة له. و عن الصادق (عليه السّلام): ما أغنى اللّه عن عتق أحدكم يعتقون اليوم و يكون علينا غداً، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلّا عارفاً «۶».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١۴ ب ١١ من أعتق مملوكاً و شرط عليه خدمته .. ح ١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵۵٨ ب ٩ من أبواب الكفّارات ح ١ و فيه: «هشام بن أدين».
(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٣۶ ب ٣٣ تأكّد استحباب عتق المملوك المؤمن بعد سبع سنين .. ح ١.
(۴) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٨ ب ١۵ جواز عتق الولدان الصغار و استحباب .. ح ٣.
(۵) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٧ ب ١۴ وجوب نفقة المملوك و إن عتقه .. ح ١.
(۶) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٩ ٢٠ ب ١٧ جواز عتق المستضعف و لو فى .. ح ٣.

و يدلّ على الجواز عموم خبر أبى علىّ بن راشد سأل الجواد (عليه السّلام) أنّ امرأة من أهلها اعتل صبى لها فقالت: اللهم إن كشفت عنه ففلانة جاريتى حرّة، و الجارية ليست بعارفة، فأيّما أفضل تعتقها أو تصرف ثمنها فى وجه البرّ؟ فقال: لا يجوز إلّا عتقها «١». و لكن ما ذكر للمنع من عتق الكافر يجرى فيه غير الخبر.

و يجوز إعتاق المستضعف من غير كراهية. فسأل الحلبى الصادق (عليه السّلام) فى الصحيح: الرقبة تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم «٢». مع أصالة الإباحة، و عدم شمول العلّة فى كراهة عتق المخالف له.

و يصدّق لو ادّعى بقوله: أنت حرّة العفيفة و بقوله أنت حرّ الكريم الأخلاق لاستصحاب الرقّ ما لم يعلم المزيل، و لا بدّ فى المزيل من النيّة، و لا يعلم إلّا من قبله. و احتمل الخلاف لمخالفته الظاهر فإن ادّعى العبد أنّه علم منه قصد العتق حلف له، فإن نكل حلف العبد و عتق.

و لو نـذر عتق أوّل مملوك يملكه أو أوّل داخل أو نحو ذلك فملك جماعـة دفعة أو دخلوا كذلك قيل فى السرائر بطل النذر، لأنّ النكرة أفادت الوحدة، و ليس منهم أحد يكون أوّلًا «٣» و إنّمـا يتمّ لو اعتبر فى الأوّليـة السبق على جميع المماليك، و هو ممنوع.

و قيل فى التهذيب «۴» و النكت يتخيّر أيّهم شاء بلا قرعة، إلّا أن يموت المولى فالقرعة، لخبر الحسن الصيقل سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ فأصاب ستّة، قال: إنّما كان نيّته على واحد فليختر أيّهم شاء فليعتقه «۵». و لأنّ الأوّل إمّا بمعنى غير المسبوق، أو بمعنى السابق غير

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۶۳ ب ۶۳ أنّ من نذر عتق مملوكه .. ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۱۹ ب ۱۷ جواز عتق المستضعف و لو فى .. ح ۱.

(۳) فى المخطوطات: أوّل.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۲۲۶ ذيل الحديث ۲۱۸.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۵۹ ب ۵۷ أنّ من نذر عتق أوّل مملوك .. ح ۳.

المسبوق، و يصدق كلّ منهما على كلّ منهم كما يصدق عليه إذا انفرد مع إفادة التنكير الوحدة، و الأصل البراءة من القرعة مع كونها لما تعيّن فى نفسه و لم يتعيّن.

و قيل فى المقنع و النهاية يقرع لان المعتق واحد منهم، و لا أولويّة إلّا بالقرعة. و لصحيح الحلبى عن الصادق (عليه السّلام): فى رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ فورث سبعة جميعاً، قال: يقرع بينهم و يعتق الّذى يخرج اسمه «۱». و يمكن الحمل على الاستحباب.

و يحتمل حرّية الجميع، لأنّ الأوّليـة وجدت فى الجميع، كما لو قال: من سبق فله عشرة فسبق جماعـة فإنّ لكلّ منهم عشرة. و يؤيّده خبر عبد اللّه ابن الفضل الهاشمى رفعه قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى رجل نكح وليدة رجل أعتق ربّها أوّل ولـد تلده فولدت توأماً فقال: أعتق كلاهما «۲». و أرسل فى بعض الكتب نحو ذلك عن علىّ (عليه السّلام) و الصادقين (عليهما السّلام) «۳».

و فيه ضعف؛ لعدم العموم هناك للتنكير، بخلاف لفظة «من» فإنّها تعمّ الواحد و الكثير.

أمّا لو نذر عتق أوّل ما تلده فولدت توأمين دفعة عتقا لعموم لفظة «ما» و لما سمعته من مرفوع عبد اللّه بن الفضل الهاشمى، و ما روى فى بعض الكتب عن الصادق (عليه السّلام) أنّه قال: من أعتق حملًا لمملوكة له أو قال لها: ما ولدت أو أوّل ولد تلدينه فهو حرّ، فذلك جائز و إن ولدت توأمين عتقا جميعاً «۴».

و لو ترتّبا فى الولادة عتق الأوّل خاصّة، و يحمل إطلاق الخبر على الدفعة و إن ندرت.

و لو اشتبه الأوّل أُقرع و إن نوى بمن أومأ الموصوفة ساوت النكرة كما لو نوى بالنكرة ما يشتمل المتعدّد انعتق المتعدّد قطعاً.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۵۸ ب ۵۷ أنّ من نذر عتق أوّل مملوك .. ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۳۵ ب ۳۱ أنّ من نذر عتق أوّل ولد تلده الأمة .. ح ۱.

(۳) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۸ ح ۱۱۵۷.

(۴) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۳۰۸ ح ۱۱۶۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ۳۶۶

و لو نـذر عتق أوّل ما تلـده و ولـدت الأوّل ميّتاً احتمل بطلان العتق و انحلال النذر لأنّ شـرط النذر وجد فى الميّت، و ليس محلّا للعتق.

و احتمل الصحّة فى الحيّ الّذى تلده بعد، لأنّ الظاهر أنّه تعلّق النذر بأوّل حى تلده لاستحالة تعلّق العتق بالميّت.

و كـذا لو نـذر عتق أوّل من يـدخل فـدخل جماعـة دفعـة عتقوا، أو أوّل من يملك فملك جماعة دفعة و إن انحصـر ملكه فيمن دخلوا أو فى من ملكهم، لشيوع الأوّل فى غير المسبوق حقيقة و إن لم يسبق إلّا تقديراً، لكن الوجه فى الأوّل أنّه إن أراد أوّل من يدخل من عبيدى المملوكين لى بالفعل كما هو الظاهر لم ينعتق «۱» أحد منهم؛ لعدم الأوّلية.

و لو أعتق بعض مماليكه فقيل له أعتقت عبيـدك؟ فقال: نعم و إنّما أراد التصـديق دون الإنشاء لعتقهم، أو لم نعتبره و إن قصـد الإنشـاء عتق ذلك البعض خاصّـة فى نفس الأمر، لأنّ العتق لا يتحقّق إلّا بصـيغته. و فى الظاهر، لأنّه إنّما أقرّ بعتق بعض عبيـده، و يصـدق على البعض أنّهم عبيـده، فلا يؤاخـذ بعتق الكلّ و إن ظهر السؤال فيه، إذ يسـمع من المقرّ التأويل فضـلًا عن مثله. و لخبر زرعـة عـن سـماعة سـأله عـن رجـل قـال: لثلاثـة مماليـك لـه: أنتم أحرار و كـان له أربعـة، فقـال له رجـل من النـاس: ء أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم أ يجب العتق للأربعة حين أجملهم أو هو للثلاثة الّذين أعتق؟ فقال: إنّما يجب العتق لمن أعتق «۲».

و قد يقال: بل يؤاخذ بعتق الجميع؛ لإفادة الجمع المضاف العموم ظاهراً.

و هـل يشترط فى عـدم الأخـذ بعتق الجميع الكثرة فيمن أعتقه؟ الأقرب ذلك ليصـدق عليه «عبيـدك» و إلّا لم يكن له أن يقول: إنّما أقررت بعتق الواحد الّذى أعتقته أو الاثنين، فإنّه تأويل لا يطابقه اللفظ، فلا يسمع.

---

(۱) فى ق و ن: «يعتق».

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۵۹ ۶۰ ب ۵۸ أنّ من أعتق ثلاثة مماليك و كان له .. ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ۳۶۷

و يحتمل العدم؛ لجواز أن يقول: إنّما أردت إيقاع العتق فى جملتهم، و هو يصدق بعتق واحد منهم.

و لو قيل: «أعتقت غانماً؟ فقال: نعم» و قصد الإنشاء ففى الوقوع نظر من أنّه صريح فى أعتقت، و هو صريح فى التحرير مع تغليب الحرّية، و انتفاء نصّ أو إجماع بحصـر لفظ الإعتاق فى غيره. و من خروج الصـريح فى الصـريح عن الصريح، مع الاستصحاب، و الخروج عن المعهود فى الأخبار و بين الناس.

و لو نذر عتق أمته إن وطئها مثلًا صحّ اتّفاقاً فإن أخرجها من ملكه انحلّ النذر قيّد الوطء بكونها فى ملكه أولا؛ لانصراف الإطلاق إليه بقرينـة العتق، إذ لا عتق إلّا فى ملك و فساده بشـرط تجـدّد الملك كما عرفت، مع احتمال مساواة الإطلاق للتعميم فإنّه نـذر عتق لا عتق. و لو عاد الملك لم يعد حكم النذر، فإنّه لا يعود بعد الانحلال إلّا أن يعمّمه لفظاً أو نيّة، و الأصل فيه صـحيح محمّد بن مسـلم سأل أحدهما (عليهما السّـلام) عن الرجل يكون له الأمة فيقول: يوم يأتيها فهى حرّة ثمّ يبيعها من رجل ثمّ يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها قد خرجت عن ملكه «۱». و هو و إن لم يكن صريحاً فى النذر لكن حمل عليه، لما عرفت من فساد التحرير المعلّق.

و لو نذر عتق كلّ عبد له قديم أو أعتقه انصرف إلى من مضى عليه فى ملكه ستّة أشهر فصاعداً لمرسل داود النهدى: انّ ابن أبى سعيـد المكارى سأل الرضا (عليه السّـلام) عن رجل قال عند موته: كلّ مملوك لى قديم فهو حرّ لوجه اللّه، فقال: نعم إنّ اللّه عزّ

ذكره قال: في كتابه: «حَتّٰى عٰادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ» فما كان من مماليكه أتى عليه ستّة أشهر فهو قديم حرّ. هكذا روى في الكافي «٢» و التهذيب «٣» مرسلًا. و في نسخ تفسير عليّ بن إبراهيم رواه عن أبيه عن داود بن أبي سعيد سأله (عليه السّلام) «۴» الخبر، فيكون حسناً.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶٠ ب ۵٩ أنّ من نذر عتق أمته إن وطئها فخرجت من ملكه .. ح ١.

(٢) الكافي: ج ۶ ص ١٩۵ ح ۶.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٣١ ح ٨٣۵.

(۴) تفسير القمي: ج ٢ ص ٢١۵.

و في إرشاد المفيد: و قضى عليّ (عليه السّلام) في رجل وصّى فقال: أعتقوا عنّي كلّ عبد قديم في ملكي، فلما مات لم يعرف الوصي ما يصنع فسأله عن ذلك، فقال: يعتق كلّ عبد له في ملكه ستّة أشهر و تلا قوله تعالى: «وَ الْقَمَرَ قَدَّرْنٰاهُ مَنٰازِلَ حَتّٰى عٰادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ».

و هل ينسحب الحكم في الأمة، أو الصدقة نذراً أو وصيّة بكلّ ملك له قديم، أو الإقرار بكلّ ملك له قديم؟ إشكال من دلالة الخبرين على انصراف القديم إلى ذلك مطلقاً للاستدلال بما في الآية «١» مع كونه فيها وصفاً للعرجون، جعلناه حقيقة فيه أولا. و من أنّه في اللغة إنّما هو ما قدم زمانه، و الأصل عدم الاختصاص بهذه المدّة، فيقصر خلافه على المنصوص المفتى به، بل المجمع عليه كما في الإيضاح. و الخبر الأوّل و إن عمّ الأمة لكنه لإرساله لا يكفي ما لم ينضمّ إليه عمل الأصحاب، و أنّهم إنّما ذكروا العبد.

و لو كان له مماليك و قصرت مدّة الجميع عن ستّة أشهر فإن ترتّبوا في الملك فالأقرب عتق الأوّل اتّحد أم تعدّد اعتباراً بالمعنى الحقيقي بقرينة الحال، و تصحيحاً للنذر، و قصراً للخبر و الفتوى على الموجود كذلك و إلّا يترتّبوا عتق الجميع إذ يكفي في القدم بمعناه اللغوي التقدّم على النذر.

و يحتمل قويّاً العدم فيهما أي صورتي الترتّب و عدمه؛ لدلالة الخبر و الفتوى على الانصراف إلى تلك المدّة و لم يتحقّق مع أصالة البراءة.

و لو علّق نذر العتق بعدم الدخول بها أو في الدار مثلًا و لم ينو وقتاً معيّناً أو علّقه بآخرهم دخولًا عتق في آخر جزء من حياته أي المولى، فإنّ الهيئة لا تنتفي إلّا إذا انتفت أفرادها كلّها، و الآخرية أيضاً تضمّنت نفي الدخول عن الغير بعده، و لمّا لم يكن العتق إلّا في ملك اعتبر حياته، و المراد

---

(١) يس: ٣٩.

بانعتاقه وجوب إعتاقه حينئذٍ، فإن اتّفقت الصيغة فيه عتق، و إلّا وجب على الوارث الإعتاق، إلّا على القول بجواز التعليق في النذور فإنّه يعتق حينئذ، أعتق ثانياً أم لا.

و هل له بيعه قبل ذلك أي قبل الدخول و آخر جزء من حياته؟ إشكال من عدم العتق، و وجوبه قبل الشرط، و الشرط تأخّر الدخول أو عدمه في ملكه، و الأصل عدم وجوب تحصيله. و من أنّ الشرط تأخّر الدخول أو عدمه مطلقاً، فيجب عليه العتق إذا

تحقّق ذلک فی آخر جزء من حیاته بل ینعتق بذلک فی وجه و البیع ینافیه.
و لو علّقه أی النـذر علی الـدخول ثمّ باعه قبله ثمّ عاد إلیه ففی عتقه مع الـدخول نظر من مساواته للتعلیق علی الوطء، و مشارکته له فی العلّهٔ المنصوصهٔ. و من إطلاق الـدخول، و خروجه عن المنصوص، و عـدم ظهوره فی التقییـد بالملـک کمـا احتملناه فی الوطء مع الإطلاق.
و یقـوی الإشـکال فی العتـق أی ترجیـح العـدم لو دخـل قبـل عوده إلیه ثمّ عـاد إلیه و دخـل بعـده من حیث إنّه علّق علی شـرط وجودی، و هو لا یقتضی التکرار کالعدمی فإذا وجد مرّهٔ و لم یمکن العتق للخروج عن الملک انحلّت الیمین.
و التحقیق أنّ الدخول إمّا أن یبقی علی إطلاقه فیعمّ الدخول خارجاً عن ملکه، فإذا دخل کذلک انحلّت الیمین، أو یقیّد بالملک بقرینهٔ العتق، أو بالحمل علی الوطء المنصوص، و لا یقیّد إلّا بالملک الحاصل دون المتجدّد.
فإن شـهد اثنان بالـدخول ألزمه الحاکم بالإعتاق، فإذا أعتقه کـذلک صـحّ و إن کان اجبر علیه کما فی غیره ممّا یدعو الضـرورهٔ إلیه من طلاق و نحوه و إن ظهر کذبهما بطل لظهور فساد الإلزام.
و یحتمل الصحّهٔ تغلیباً للحرّیهٔ و تنفیذاً للحکم الشرعی و التضمین للشاهدین قیمهٔ المملوک للمولی.
کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۳۷۰
و لو رجعا ضمنا القیمهٔ و تمّ العتق أخذاً بإقرارهما فی أنفسهما، لا علی العبد، فإنّه لا یثبت الکذب بمجرّد رجوعهما.
و لو نـذر عتق المقیّد إن حلّ قیده بصـیغهٔ المجهول أیّاً من کان الحالّ و عتقه إن نقص وزن القید عن عشـرهٔ فشـهدا عند الحاکم بـالنقص فحکم بعتقه و أمر بحلّ قیـده فظهر کـذبهما بعـد الحلّ عتق بحلّ القیـد و ظهر أنّه لم یعتق بالشـرط الّـذی حکم الحاکم بعتقه به و هو النقص، إلّا علی الاحتمال فی المسألهٔ السابقهٔ، و علی الاحتمال یضمنان.
و فی تضمینهما علی ما ذکره من حصول العتق بالحلّ دون النقص إشکال.
ینشأ من أنّ الحکم بالعتق لم یحصل حینئذٍ بشـهادتهما بل بحلّ قیده و لم یشـهدا به و إنّما التضمین فیما تعلّقت به الشهادهٔ و لأنّه أی کلّا منهما لو باشر الحلّ لم یضمن للأصل من غیر معارض فعدم الضمان بشهادته بالنقص الّتی تسبّبت للحلّ أولی.
و من أنّ شـهادتهما الکاذبهٔ سبب الحال الّذی هو سبب عتقه و إتلافه فإنّ الحاکم لمّا ظن العتق بشـهادتهما أمر بالحلّ، فیکونان کمن وضع حجراً فی الطریق فیعثر به رجـل فوقع فی بئر حفرت ظلمـاً فـإنّه ضـامن دون الحـافر و لأنّ عتقه حصل بحکم الحاکم المبنیّ علی الشهادهٔ الکاذبهٔ فإنّه لو لم یحکم بالعتق أوّلًا لم یأمر بالحلّ.
و لو حلّه أجنبیّ عن المولی و الحاکم الّـذی ظنّ العتق بالشـهادهٔ بالنقص لم یضـمن، عالماً کان بالنذر أو جاهلًا، نهاه المالک عنه أولا نقص القید أولا، کان النذر کما تقدّم أو قصر علی الحلّ علی إشکال إلّا إذا أمره المالک أو علّق النذر علیه و علی النقص و کان ناقصاً، من الأصل و کون السبب هو النذر لا الحلّ مع حصول الثواب للمولی بالعتق، و لو ضمن لم ینل إلّا العوض الدنیوی.
و من أنّه تصرف فی ملک الغیر بغیر إذنه مع التلف به، و أنّه الموجد للسبب
کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۳۷۱
و المولی جاعله سبباً، و الموجد هو المتلف الموصوف فعله بالقبح کمن ألقی الغیر فی النار فإنّه المتلف الضامن لا من جعل النار محرقهٔ.
و مال العبـد لمولاه کما تقـدّم فی الدیون و إن علم به حال العتق و لم یسـتثنه علی رأی وفاقاً لابن إدریس و غیره ممّن منع ملکه مطلقاً، و الوجه ظاهر. و خلافاً للصدوق و الشیخ و جماعهٔ ممّن ملکه.
و من منع ملکه، لصـحیح زرارهٔ «۱» و حسنته «۲» «۳» عن الصادقین (علیهما السّـلام): فی رجل أعتق عبـداً له مال لمن مال العبد؟

قال: إن كان علم أنّ له مالًا تبعه ماله و إلّا فهو للمعتق «۴». و صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل أعتق عبداً له و للعبد مال فتوفى الّذى أعتق العبد لمن يكون مال العبد أ يكون للّذى أعتق العبد أو للعبد؟ قال: إذا أعتقه و هو يعلم أنّ له مالًا فماله له، و إن لم يعلم فماله لولد سيّده «۵». و قوله (عليه السّلام) فى خبر آخر لزرارة: إذا كان للرجل مملوك فأعتقه و هو يعلم أنّ له مالًا و لم يكن استثنى السيّد المال حين أعتقه فهو للعبد «۶».

قال: المحقّق فى النكت: إنّ المنع من الملك مع بقاء الرقّية لا يستلزم المنع فى حال الحرّية، فإذا ملكه المتصرّف فيه ثمّ أعتقه أمكن أن يملك فى تلك الحال، لأنّه صار له أهلية الملك فاستقرّ له الملك بالتمليك الأوّل.

و يمكن الجواب: بحمل العلم على الاعتقاد، أى إذا كان فى علمه، أى زعمه أنّه يملك شيئاً و أنّ ما بيده ماله، فإذا أعتقه و لم يستثن المال كان الظاهر منه أنّه لم يطمع فيما بيده، فكان بمنزلة الهبة له أو الزم باعتقاده. و يحمل العبد فى الأخير على المكاتب أى إذا عجّل عتقه و لم يستثن ما بيده كان له إن علم به المولى، و إن استثناه كان شرطاً عليه أن يؤدّى المال لينعتق.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۲۸ ب ۲۴ حكم مال المملوك إذا أُعتق ح ۱.

(۲) الكافى: ج ۶ ص ۱۹۰ ح ۲.

(۳) ليس فى ق و ن.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۲۸ ب ۲۴ حكم مال المملوك إذا أُعتق ح ۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۲۹ ب ۲۴ حكم مال المملوك إذا أُعتق ح ۶.

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۲۸ ب ۲۴ حكم مال المملوك إذا أُعتق ح ۱.

أمّا مال المكاتب فله و إن لم يعلم به المولى عند عتقه كما سيأتى و عتق المريض يمضى من الثلث إن مات فى المرض و كان متبرّعاً بالعتق كما مر «۱» فى الوصايا.

و لو اشترى أمة نسيئة فأعتقها و تزوّجها و مات قبل الإيفاء للثمن و لا تركة قيل فى النهاية بطل عتقه و نكاحه، و تردّ على البائع رقّاً، فإن كانت قد حملت كان الولد أيضاً رقّاً لرواية هشام بن سالم فى الصحيح قال: سئل أبو عبد اللّه (عليه السّلام) و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكراً إلى سنة فلمّا قبضها المشترى أعتقها من الغد و تزوّجها و جعل مهرها عتقها ثمّ مات بعد ذلك بشهر، فقال: أبو عبد اللّه (عليه السّلام): إن كان للّذى اشتراها إلى سنة مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبتها فإنّ عتقه و نكاحه جائز، و إن كان لم يملك مالًا أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبتها كان عتقه و نكاحه باطلًا، لأنّه عتق ما لا يملك، و أرى أنّها رقّ لمولاها الأوّل، قيل له: فإن كانت علقت من الّذى أعتقها و تزوّجها ما حال ما فى بطنها؟ فقال: الّذى فى بطنها مع أُمّه كهيئتها «۲».

و الأقرب وفاقاً للمحقّق و ابن إدريس عدم بطلان العتق و عدم رقّ الولد لصدور العتق الصحيح عن أهله بانعقاد الولد حرّا فلا يعود رقّاً.

و تحمل الرواية على المريض مرض الموت، و قد مضى جميع ذلك مع زيادة فى النكاح.

[و هنا تتمة]

تتمّة:

إذا عمى العبـد بل المملوك أو جذم أو أُقعد أو نكّل به مولاه أى فعل به ما جعله عبرة و نكالًا لغيره، بأن قطع منه عضواً فأبانه، و منه قطع إحدى الأذنين و قلع إحدى العينين، و ربّما تردّد فيه بعضهم عتق.

---

(١) ليس فى ق.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٣٠ ب ٢۵ حكم من اشترى أمة نسيئة و أعتقها .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣٧٣

أمّا العمى و التنكيل فيهما أخبار، كقول الباقر (عليه السّلام) فى حسن الحلبى: إذا عمى المملوك فقـد أُعتق «١». و فى خبر أبى بصـير: قضـى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فيمن نكّل بمملوكه أنّه حرّ لا سبيل له عليه سائبة يـذهب فيتولّى إلى من أحبّ، فإذا ضمن حدثه فهو يرثه «٢». و ما روى فى امرأة قطعت ثـدى وليدتها أنّها حرّة لا سبيل لمولاتها عليها «٣». و خبر جعفر بن محبوب أرسله عن الصادق (عليه السّلام) قال: كلّ عبد مثّل به فهو حرّ «۴».

و من طريق العامّة: إنّ رجلًا جبّ عبده فقـال له النبىّ (صـلّى اللّه عليه و آله): اذهب فأنت حرّ «۵». و فى روايـة اخرى: إنّ رجلًا جذع أنف عبده و جبّة فقال (صلّى اللّه عليه و آله) اذهب فأنت حرّ «۶».

و ذكر ابن إدريس: أنّ العتق به رواية أوردها الشيخ فى النهاية. و تردّد فيه المحقّق.

و أمّا الجـذام، فيه خبر السـكونى عن الصادق عن أبيه عن أمير المؤمنين (عليهم السّلام) قال: العبد الأعمى و الأجذم و المعتوه لا يجوز فى الكفّارات، لأنّ رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) أعتقهم «٧» و خبره عنه (عليه السّلام) قال: قال رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله): إذا عمى المملوك فلا رقّ عليه، و العبـد إذا جـذم فلا رقّ عليه «٨» و الخبران و إن ضـعفا لكنّ الأصحاب قطعوا به حتّى ابن إدريس. و ألحق به ابن حمزة البرص و لم نظفر بمأخذ له.

قيل: و نحن فى عويل من إثبات حكم الجذام؛ لضعف المستند إن لم يكن إجماع فكيف يلحق به البرص؟!.

---

(١) وسائل الشـيعة: ج ١۶ ص ٢٧ ب ٢٣ أنّ المملوك إذا عمى أو أُقعـد أو جـذم ح ١ و فيه: «عن حمـاد بن عثمان عن الصادق (عليه السّلام)».

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢۶ ب ٢٢ أنّ المملوك إذا مثل به أو نكل به .. ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢۶ ب ٢٢ أنّ المملوك إذا مثل به أو نكل به .. ح ٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢۶ ب ٢٢ أنّ المملوك إذا مثل به أو نكل به .. ح ١.

(۵) نيل الأوطار: ج ٧ ص ١۵٧ ١۵٨، مع اختلاف.

(۶) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ١٨٢.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ۵٧٨ ۵٧٩ ب ٢٧ من أبواب الكفّارات ح ٣.

(٨) وسائل الشيعة: ج ١۶، ص ٢٧، ب ٢٣، أنّ المملوك إذا عمى أو أُقعد أو أجذم .. ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣٧۴

و أمّا الإقعاد فيه ما أرسـله ابن الجنيـد عن أمير المؤمنين (عليه السّلام): أنّه ينعتق إذا أصابته زمانة فى جوارحه و بدنه. و ربّما دلّ عليه نحو قوله (عليه السّلام): لا يجوز فى العتاق الأعمى و المقعـد، و يجوز الأشلّ و الأعرج «١» إن كانت العلّة فى عدم الإجزاء

الانعتاق بنفسه كما فى النهاية و غيرها، و فى الخلاف الإجماع فيه و فى العمى و التنكيل و كلّ من هؤلاء لا ولاء لأحد عليه بسبب الانعتاق، فإنّه إنّما يتسبّب عن النزع بالعتق كما سيأتى.

و إذا أسلم المملوك فى دار الحرب سابقاً على مولاه و خرج إلينا عتق اتّفاقاً، و عن النبيّ (صلّى اللّه عليه و آله): أيّما عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد «٢». و لم يعتبر ابن إدريس الخروج تمسّكاً بأنّه إذا أسلم لم يكن للكافر عليه سبيل، و هو لا يجدى.

و إذا مات إنسان و له وارث رقّ و لا وارث له سواه دفعت قيمته من التركة إلى مولاه و أعتق و ورث كما سيأتى.

[الفصل الثالث فى خواصّه]

اشارة

الفصل الثالث فى خواصّه و فيه أربعة مطالب و هى أربعة: السراية و التسبّب عن القرابة و الولاء و القرعة، إذ الأصل الشياع، لكن تعلّق غرض الشارع بإكمال العتق و لذا كانت فيه أربعة مطالب:

[المطلب الأوّل: فى السراية]

اشارة

المطلب الأوّل: السراية و من أعتق شقصاً مشاعاً من عبد أو أمة ملكه أجمع عتق عليه أجمع فى المشهور، إلّا إذا أعتق فى مرض الموت، و لم يخرج الكلّ من الثلث، و لم يجز الورثة. و يدلّ عليه الأخبار كقول الباقر (عليه السّلام) فى خبر غياث بن إبراهيم: إنّ رجلًا أعتق بعض غلامه، فقال عليّ (عليه السّلام): هو حرّ ليس للّه شريك «٣». و نحوه فى خبر طلحة بن زيد «۴». و كلّ ما دلّ على السراية فى المشترك فإنّها بالمختصّ أولى.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٧ ب ٢٣ أنّ المملوك إذا عمى أو أُقعد أو جذم .. ح ۴.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١١ ص ٨٩ ٩٠ ب ۴۴ من أبواب جهاد العدو و ما يناسبه ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶٣ ب ۶۴ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق كلّه .. ح ١.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶٣ ب ۶۴ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق كلّه .. ح ٢.

و عن ظاهر ابن طاوس المنع تمسّكاً بالأصل و استضعافاً للسند، و هو لا يجرى فيما يدلّ على السراية فى المشترك، و تمسّكاً بنحو صحيح ابن سنان عن الصادق (عليه السّلام): فى امرأة أعتقت ثلث خادمها عند موتها أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاؤوا و إن أبوا؟ قال: لا و لكن لها من نفسها ثلثها و للوارث ثلثاها يستخدمها بحساب الّذى له منها، و يكون لها من نفسها بحساب ما أعتق منها «١».

و خبر أبى بصير سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: و ليشترط عليها أنّها إن عجزت عن نجومها تردّ فى الرقّ فى نصف رقبتها «٢».

و خبر حمزة بن حمران سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ قذفها بالزنا، فقال: أرى أنّ عليه خمسين جلدة و يستغفراللّه، قال: أ رأيت إن جعلته فى حلّ و عفت عنه؟ قال: لا ضرر عليه إذا عفت من قبل أن ترفعه، قال: فتغطى رأسها منه حين أعتق بعضها؟ قال: نعم و تصلّى و هى مخمرة الرأس، و لا تتزوّج حتّى تؤدّى ما عليها أو يعتق النصف الآخر «٣».

و الجواب: اختصاص الخبر الأوّل بمن لم يكن لها إلّا الخادم، و احتمال الباقين بناء «أعتق» للمفعول، فيكون الرجل هو شريك المعتق أو وارثه لا المعتق. و حمل الأخير فى التهذيب على أنّه إنّما ملك «۴» النصف.

و إن أعتق شقصاً له من عبد بل من مملوك مشترك قوّم عليه باقيه و سرى العتق فيه بالإجماع و النصوص «۵» لكن

[شروط أربعة فى سراية العتق فى الشقص]

اشارة

بشروط أربعة

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶۴ ۶۵ ب ۶۴ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق كلّه .. ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٩۵ ب ١٢ حكم من أعتق نصف جاريته و كاتبها على النصف الآخر ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶٣ ۶۴ ب ۶۴ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق كلّه .. ح ٣.

(۴) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٢٩ ذيل الحديث ٨٢۶.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك.

[الشرط الأول أن يكون المعتق موسراً]

الأوّل: أن يكون المعتق موسراً بالاتّفاق كما فى الانتصار و الخلاف و الغنية، و يدلّ عليه الأصل و الأخبار، كصحيح الحلبى عن الصادق (عليه السّلام): فى جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه: قال: إن كان موسراً كلّف أن يضمن، و إن كان معسراً خدمت بالحصص «١». و للعامّة قول بالسراية مطلقاً.

و يحصل اليسار بأن يكون مالكاً قيمة نصيب الشريك فاضلًا عن قوت يومه و ليلته له و لعياله الواجبى النفقة و دست ثوب يفهم «٢» ذلك من لفظه. و اقتصر فى المبسوط على القوت و لعلّه اتّكل على الظهور.

و فى بيع مسكنه إشكال من الشكّ فى تضمّن اليسار الزيادة عليه، و أيضاً من اعتبار الزيادة عليه فى الدين و هو دين. و من عموم نحو قوله (صلّى اللّه عليه و آله): من أعتق شقصاً من مملوك فعليه خلاصه كلّه من ماله «٣». و قوله (صلّى اللّه عليه و آله): من أعتق شقصاً له فى عبد و كان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل، و أعطى شركاؤه حصّتهم و عتق عليه العبد «۴».

و لو كان معسراً عتق نصيبه خاصّة و سعى العبد فى فكّ باقيه وفاقاً للمشهور، لقول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح محمّد بن قيس: من كان شريكاً فى عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصّته و له سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كلّه، و إن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم أعتق منه ما أعتق ثمّ يسعى العبد فى حساب ما بقى حتّى يعتق «۵» إلى غيره من النصوص.

و الفكّ بجميع السعى أى كلّ ما يكتسبه فهو له يفكّ به رقبته فليس لمولاه بنصيب الرقية من كسبه شىء وفاقاً للنهاية على إشكال من خبر علىّ بن أبى حمزة سأل الصادق (عليه السّلام) عن مملوك بين أُناس فأعتق أحدهم

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٢ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له .. ح ٧.

(٢) فى ق ون: «لفهم».

(٣) سنن البيهقى: ج ١٠، ص ٢٨١.

(۴) سنن البيهقى: ج ١٠، ص ٢٧۴.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢١ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له .. ح ٣.

نصيبه، قال: يقوّم قيمته ثمّ يستسعى فيما بقى، و ليس للباقى أن يستخدمه، و لا يأخذ منه الضريبة «١». و صحيح سليمان بن خالد سأله (عليه السّلام) عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، قال: إنّ ذلك فساد على أصحابه لا يستطيعون بيعه و لا مؤاجرته «٢» لدلالته على انقطاع التصرّف عنه. و من استصحاب الرقّ إلى الأداء، و هو يستلزم تشريك المولى فى الكسب.

و لو عجز العبد أو امتنع من السعى كان له من نفسه بقدر ما عتق و للشريك ما بقى كما قال: الصادق (عليه السّلام) فى خبر علىّ بن أبى حمزة: و متى لم يختر العبد أن يسعى فيما قد بقى من قيمته كان له من نفسه بمقدار ما أُعتق، و لمولاه الّذى لم يعتق بحساب ماله «٣». إلى غير ذلك من مضامين الأخبار و كان الكسب بينهما و النفقة و الفطرة عليهما بالحساب.

فإن هايأه مولاه صحّ كما فى صحيح محمّد بن مسلم عن الصادق (عليه السّلام) قال: و إذا أعتق لوجه اللّٰه كان الغلام قد أعتق من حصّة من أعتق، و يستعملونه على قدر ما أعتق منه له و لهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوماً و له يوم «۴». و فى مرسل حريز: و إن لم يكن له مال عومل الغلام يوم للغلام و يوم للمولى «۵» و تناولت المهاياة الكسب المعتاد و النادر كالصيد و الالتقاط عندنا؛ لعموم الأدلّة، و كلّ ما اكتسبه فى يوم اختصّ به نادراً أو غيره و ما اكتسبه فى نوبة المولى اختصّ به كذلك. و للعامّة قول باستثناء النادر و أنّه مشترك بينهما مطلقاً لأنّ المهاياة معاوضة و النادر مجهول فلا يدخل فيها.

ثمّ ما ذكره من جواز امتناع العبد صريح الشيخ و جماعة، و هو ظاهر

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٣ ب ١٨ أنّ من أعتق له .. ح ١٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶، ص ٢٣، ب ١٨، انّ من أعتق له .. ح ٩.

(٣) الظاهر أنّها ليست برواية بل من كلام الشيخ، انظر تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٢١، ذيل الحديث ٧٩٢.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٣ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له .. ح ١٢.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٣ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له .. ح ١١.

الأخبار «١» الناطقة بأنّه إن كان المعتق معسراً خدم بالحصص، و صريح ما سمعته الآن من خبر علىّ. و عن أبى الصبّاح أنّه سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجلين يكون بينهما الأمة فيعتق أحدهما نصفه فتقول الأمة للّذى لم يعتق نصفه: لا أُريد أن تعتقنى ذرنى كما أنا أخدمك فإنّه أراد أن يستنكح النصف الآخر، فقال: لا ينبغى له أن يفعل أنّه لا يكون للمرأة فرجان، و لا ينبغى له أن يستخدمها و لكن يعتقها و يستسعيها «٢».

قال الصدوق: و فى روايهٔ أبى بصير مثله إلّا أنّه قال: و إن كان الّذى أعتقها محتاجاً فليستسعها «٣».

و لو كـان الشـريك المعتق موسـراً ببعض الحصّـهٔ قوّم عليه بقـدر مـا يملكه و كـان حكم البـاقى حكم ما لو كان معسـراً كما فى المبسوط لأـنّ الميسور لا يسـقط بالمعسور. و يحتمل العـدم؛ لأصالـهٔ البراءهٔ فيقصـر خلافه على اليقين، و النصوص إنّما تضـمّنت القدرهٔ على فكّ الجميع صريحاً أو ضمناً.

و المـديون بقدر ماله فصاعداً معسـر فلا يجب عليه الفكّ؛ لأصالهٔ البراءهٔ، و تقدّم حقوق الديّان و دخوله فى الفقراء؛ لاستحقاقه الزكـاهٔ، و لأـنّ كلّاً من الـدين و الفـكّ يتعلّق بـذمّته لا بالمال، فلو وجب الفكّ وجب التقسـيط، و لا تقسـيط هنا. و الأقوى وفاقاً للإرشاد أنّه موسـر، خصوصاً مع تأجيل الديون؛ لعموم النصوص «۴» إذ يصـدق عليه أنّ له مالًا يسع الباقى و له التصـرّف فى ماله بما شاء. و يؤيّده أنّه لو استغرق بعض ديونه ماله فطالبه صاحب دين آخر وجب عليه الأداء، و تردّد فيه فى التحرير.

و المريض معسـر فيمـا زاد على الثلث إن لم ينفـذ منجّزاته إلّـا فى الثلث، فلا يسـرى عتقه إن نقص الثلث عن قيمـهٔ الباقى، إلّا أن يزيد قبل الموت.

---

(١) وسائل الشيعهٔ: ج ١۶ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له ..

(٢) وسائل الشيعهٔ: ج ١۶ ص ٢۴ ب ١٨ انّ من أعتق مملوكاً له .. ح ١٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ١١۵ ذيل الحديث ٣۴٣٨.

(۴) وسائل الشيعهٔ: ج ١۶ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له ..

و الميّت معسـر مطلقـاً لانتقـال تركته بالموت، فلا يسـرى عتقه الموصـى به و إن وفى الثلث بالبقيّـهٔ وفاقاً للشيـخ و ابن إدريس. و سيأتى قول بالسرايهٔ إن وفى الثلث.

و لو أيسر الشريك المعتق المعسر عن حصهٔ الشريك كلا أو بعضاً بعد تمام العتق ليسعى العبد أو غيره لم يتغيّر الحكم و لم يكن عليه من قيمهٔ البقيّهٔ شىء للعبد أو لمولاه؛ للأصل من غير معارض.

و قيل فى النهايـهٔ إن قصد الإضـرار بالشـريك فكّه وجوباً إن كان موسـراً، و بطل عتقه إن كان معسـراً، و إن قصد القربهٔ لم يقوّم عليه، و إن كان موسـراً بل يستسعى العبد فى قيمهٔ الباقى لحسن الحلبى و صحيحه أنّه سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضارّاً كلّف أن يعتقه كلّه، و إلّا استسعى العبد فى النصف الآخر «١».

و صـحيح محمّد بن مسـلم قال: للصادق (عليه السّـلام) رجل ورث غلاماً و له فيه شـركاء فأعتق لوجه اللّه نصـيبه، فقال: إذا أعتق نصـيبه مضارّهٔ و هو موسر ضـمن للورثهٔ، و إذا أعتق لوجه اللّه كان الغلام أُعتق منه حصّهٔ من أعتقه و يسـتعملونه على قدر مالهم فيه، قال: و إن أعتق الشريك مضارّاً و هو معسر فلا عتق له «٢».

و دفع ما أُورد عليه من منافاهٔ قصـد المضارّهٔ الإخلاص فى التقرّب بمنع المنافاهٔ، فإنّه يقصد تقويم الحصّهٔ على الشـريك و إعتاقه لوجه اللّه. و ظنّى أنّ المنافاهٔ متحقّقهٔ، لكن لا يبعد القول بوقوع العتق مع هذه الضميمهٔ تغليباً للحرّيهٔ، و لوجود النصّ الصحيح من غير معارض.

و زاد فى التهذيب «٣» و الاستبصار «۴» استحباب شرائه الباقى و إعتاقه إذا لم

---

(١) وسائل الشيعهٔ: ج ١۶ ص ٢١ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له .. ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٣ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكا له .. ح ١٢.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٢٠ و ٢٢١ ذيل الحديث ٧٩٠.

(۴) الاستبصار: ج ۴ ص ۴ ذيل الحديث ١٢.

يكن مضارّاً. و في الخلاف اقتصر على التفصيل إذا كان معسراً، و ألزمه القيمة إن كان موسراً من غير تفصيل؛ لإطلاق الأخبار بتكليف الموسر ذلك.

و قيل في المبسوط مع إعساره يستقر الرقّ في الباقي لنحو صحيح الحلبي عن الصادق (عليه السّلام): في جارية كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان موسراً كلّف أن يضمن، و إن كان معسراً خدمت بالحصص «١». و ما تقدّم من صحيح محمّد بن مسلم.

و الجواب: أنّ عليه الخدمة بالحصص ما لم يفكّ نفسه كما دلّت عليه الأخبار الأُخر.

[الشرط الثاني أن يعتق باختياره]

الشرط الثاني أن يعتق باختياره وفاقاً للمشهور، لأنّ السراية خلاف الأصل فيقصر على المنصوص «٢». و النصوص إنّما تضمّنت الإعتاق سواء كان اختيار العتق بإيقاعه بعد التملّك اختياراً أو قهراً و لو بالتنكيل و إن حرم، أو كان اختياره بشراء أو اتّهاب أو غيرهما ممّا يختاره من أسباب التملّك و إن انعتق عليه بعده قهراً؛ لشمول الإعتاق لاختيار سبب العتق؛ لعدم الفرق بين هذه الأسباب و صيغة العتق. و في الصحيح عن محمّد بن ميسر قال: للصادق (عليه السّلام): رجل أعطى رجلًا ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم ذلك، قال: يقوّم فإن زاد درهم واحد عتق و استسعى الرجل «٣».

و لو ورث شقصاً من أبيه مثلًا لم يقوّم عليه الباقي على رأي وفاقاً للمشهور، و لعدم الاختيار. و خلافاً للخلاف، و استدلّ بإجماع الفرقة و أخبارهم.

و لو اتّهب أو اشترى مثلًا شقصاً من أبيه مثلًا سرى و إن لم يكن يعلم الحكم أو كان أباه حين الاتّهاب مثلًا لاختياره السبب، و ما سمعته من

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٢ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له .. ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢۴ ب ١٩ أنّه يشترط في العتق الاختيار ..

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٨٨ ب ٨ في أحكام المضاربة ح ١.

صحيح محمّد بن ميسر. و أغرب أبو عليّ فحكم بالسراية إن ورث لا إن اتّهب أو قبل الوصيّة.

و لو قبل الوليّ هبة أب الطفل عنه انعتق لصحّة الاتّهاب و تملّك الطفل بقبول وليّه.

و لو قبل هبة البعض انعتق البعض، و في التقويم للبقيّة عليه إشكال، ينشأ من أنّ قبول الوليّ كقبوله كالوكيل بل أقوى و من دخوله في ملكه بغير اختياره مع مخالفة السراية للأصل، فيقصر على المنصوص و هو بالنسبة إلى المعتق، و نزول إعتاق الوليّ منزلة إعتاقه ممنوع، و هو الأقوى.

فإن قلنا بوجوب التقويم لم يكن للوليّ قبوله إن كان موسراً للضرر و إن قبل لم ينفذ، إلّا أن يكون تحمّل هذا الضرر على الطفل

أصلح له و كذا لا يجوز للولىّ أن يقبل الوصيّة للطفل و لا الهبة مع الضرر من غير أن يعارضه مصلحة كما لو أوصى له بأبيه الفقير العاجز عن الاكتساب فإنّه يوجب عليه نفقته.

و لو كان الطفل أو المجنون معسراً جاز أن يقبل عنه الولىّ هبة الشقص من أبيه مثلًا، إذ لا تقويم عليه قطعاً.

[الشرط الثالث: أن لا يتعلّق بمحلّ السراية حقّ لازم]

الشرط الثالث: أن لا يتعلّق بمحلّ السراية حقّ لازم كالوقف فإنّه يمنع من البيع، فلا يصحّ التقويم و لا الشراء إلّا على القول بانتقال الوقف إلى الموقوف عليه فأحتمل السراية؛ لعموم الأخبار «١» و ثبوت بيع الوقف فى موارد فلعلّه منها، و لأنّه انعتاق قهرى، فيكون كما لو عمى أو جذم.

و الأقرب السراية فى الرهن و الكتابة و الاستيلاد و التدبير أى لا يمنع منها شيء من هذه الحقوق اللازمة، لأنّ الملك أقوى منها فإذا لم يمنع من السراية فهى أولى، و لتغليب الحرّية. و يحتمل العدم؛ لكونها حقوقاً لازمة مانعة من البيع.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٦٣ ب ٦٤ أنّ من أعتق بعض مملوكه انعتق ..

و لو أعتقا دفعة لم يقوّم حصّة أحدهما على الآخر للأصل، و الخروج عن النصوص.

و لو ترتّب العتقان و تقدّما على أداء السابق فيه حصّة الآخر فكذلك إن شرطنا فى انعتاق نصيب الشريك الأداء لقيمة حصّته أو كان المعتق الأوّل معسراً أو غير مضارّ على القول المحكىّ فإنّه يصحّ حينئذٍ إعتاق المتأخّر، و لا تقويم بعد إعتاقه، بخلاف ما إذا كان موسراً و حكمنا بعتق الكلّ بإعتاقه فإنّه يلغو المتأخّر.

[الشرط الرابع: يمكن العتق من نصيبه أوّلًا]

الشرط الرابع: يمكن العتق من نصيبه أوّلًا أى فى منطوق الصيغة و إن كان فى ضمن الجميع بأن أوقع عليه العتق فلو أعتق نصيب شريكه كان باطلًا إذ لا عتق قبل ملك، و إن قلنا هنا بالإعتاق تبعاً لنصيبه فلا يصحّ جعله متبوعاً.

و لو أعتق نصف العبد انصرف إلى نصيبه حملًا له على الصحيح و لزم التقويم عليه و الإعتاق للنصف الآخر، لكن لو ادّعى أنّه قصد النصف الآخر صدّق؛ للأصل. فإن نازعه العبد حلف، فإن نكل حلف العبد.

و لو أعتق الجميع صحّ فى نصيبه أو فى الجميع و لزمه القيمة، و مع اجتماع الشرائط للسراية هل يعتق أجمع باللفظ أى صيغة عتق نصيب نفسه دفعة، أو على التعاقب بأن ينعتق أوّلًا نصيبه ثمّ يسرى إلى الباقى أو بالأداء لقيمة الباقى أو يكون مراعى فإن أدّى بانَ العتق من وقت إيقاعه و إن لم يؤدّ بانَ استقرار الملك فى نصيب شريكه لمالكه؟ إشكال من الأخبار «١» الناصة على أنّه بإعتاق نصيبه أفسده على الشريك و تعليل وجوب القيمة عليه بالإفساد، إذ لا إفساد ما لم ينعتق الكلّ. و لقوله (عليه السّلام): إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كلّه «٢». و فى خبر آخر:

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٢ و ٢٣ ب ١٨ من أنّ من أعتق مملوكاً له ... ح ٥ و ٩.

(٢) مسند أحمد بن حنبل: ج ٢ ص ١١.

فهو حرّ كلّه «١». و فى خبر آخر: فهو عتيق «٢». و هو خيرة السرائر.
و من أنّه لا عتق فى غير ملك، و للاستصحاب و تضرر الشريك لو هرب المعتق أو تلف ماله، و لقول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح محمّد بن قيس: من كان شريكاً فى عبد أو أمة قليل أو كثير فأعتق حصّته و له سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كلّه «٣». و يؤيّده أنّه إن كان معسراً استقرّ الرقّ فى الباقى ما لم يفكّه المملوك بسعيه. و هو خيرة الشيخين و جماعة.
و من الجمع بين الأخبار، و هو خيرة المبسوط.

[و يتفرّع على ذلك الاختلاف مسائل]

و يتفرّع على ذلك الاختلاف مسائل:
أ: للشريك عتق حصّته قبل الأداء إن شرطناه فى الانعتاق أو ظهوره، أمّا على الأوّل فظاهر، و أمّا على الثانى فلأنه ما لم يؤدّ لم يظهر الانعتاق، و الأصل العدم، و هذا تعجيل عتق له كتعجيل عتق المكاتب و أُمّ الولد و المدبّر. و يحتمل ظهور البطلان إذا أدّى و إلّا نشترطه بل قلنا بالسراية «۴» فلا يصحّ عتقه، و الوجه ظاهر. و يجوز أن يريد بالاشتراط اشتراطه فى العتق، و بخلافه الباقيين. و وجه عدم الصحّة إن قلنا بالمراعاة أنّه لا يصحّ إلّا فى ملك و هو غير معلوم، أو المراد بعدم الصحّة عدم القطع بها فيقطع بالعدم على القول بالعتق باللفظ، و لا يقطع على الآخر بشىء.
و ليس له التصرّف فيه بغير العتق من هبة أو بيع أو نحوهما على القولين أى الأقوال، فإنّها بمنزلة قولين، فإنّ الثالث يرجع إلى الأوّل، و ذلك للتشبّث بالحرّية. و يقوى الجواز على اشتراط الأداء فى العتق مع علم المعامل بالحال بل مطلقاً، و لكن يتخيّر إذا علم. و يجوز أن يريد بالقولين ما أراده بقوله: «و إلّا» على التفسير الأخير من القول الأوّل و الثالث، و لا شبهة فى أنّ عدم الجواز عليهما أظهر.

---

(١) مسند أحمد بن حنبل: ج ۵ ص ۷۵.
(٢) سنن النسائى: ج ۷ ص ۳۱۹.
(٣) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۲۱ ب ۱۸ أنّ من أعتق مملوكاً له ... ح ۳.
(۴) فى ن: «بالسراية باللفظ».

ب: تثبت الحرّية فى الجميع قبل الأداء إن لم نشترطه فى العتق، و إن شرطناه فى ظهوره فترثه ورثته إن مات و لو قبل الأداء فإن فقدت فالمعتق و لا شىء للشريك سوى القيمة إذ لا ولاء له و تثبت أحكام الحرّية من وجوب كمال الحدّ و غيره بخلاف ما إذا شرطناه فى العتق أو فى ظهوره إلّا أنّه على الثانى يظهر بالأداء أنّه كان له أحكام الحرّ.
ج: لو لم يؤدّ القيمة حتّى أفلس عتق العبد أجمع و كانت القيمة فى ذمّته يضرب بها الشريك مع الغرماء إن فلس إن لم نشترط الأداء فى العتق و إلّا عتق النصيب خاصّة إلّا أن يوسر ثانياً فيؤدّى فينعتق الباقى أو يظهر عتقه.
د: لو أعتق حاملًا فلم يؤدّ القيمة حتّى وضعت فليس على المعتق إلّا قيمتها حين العتق إن لم نشترط الأداء فى العتق، و إن شرطناه فى الظهور و سرى العتق فيها و فى الحمل إن أتبعناها الحمل، و قيمتها حين العتق يتضمّن ذلك.
و إن شرطنا الأداء قوّم الولد أيضاً يوم سقوطه إن قلنا بالسراية فى الحمل أى بتبعيّته للحامل، فإنّه كان انعتق منه حينئذٍ حصّته، و

لما اشترطنا الأداء لم ينعتق الباقى ما لم يؤدّ، فحين الأداء يعتبر القيمة أوّل ما يكون له قيمة و هو يوم السقوط، إذ لا قيمة للحمل كما مرّ غير مرّة. هذا بناء على ما سنذكره من اعتبار القيمة حين العتق، و إلّا لم يتفاوت الحال على القولين، و كذا إن لم يتبع الحمل لم ينعتق الولد على القولين، لكن يقوّم عليه حاملًا مجرّدة عن الحمل إن اعتبرنا القيمة حين العتق مطلقاً.

ه: لو مات العبد قبل الأداء مات حرّا و عليه القيمة إن لم نشترط الأداء، و إلّا مات مبعّضاً و لم يلزمه شىء و للعامّة قول بلزوم القيمة عليه أيضاً للزومها قبل الموت.

و: لو ادّعى أنّ شريكه أعتق نصيبه موسراً فأنكر حلف و كان نصيب المنكر رقّاً بيمينه و نصيب المدّعى حرّا بإقراره مجّاناً لليمين و إن

لم نشترط الأداء و لو شرطنا الأداء بقى رقّاً أيضاً، و لو نكل استحقّ المدّعى باليمين المردودة قيمة نصيبه و لم يعتق نصيب المدّعى عليه فإنّه إنّما يثبت بها ما ادّعاه لنفسه، فإنّ دعواه فى حقّ العبد شهادة، و اليمين المردودة كالإقرار أو البيّنة فى حقّ المدّعى لا المشهود له.

[الخاتمة]

خاتمة تعتبر القيمة يوم العتق على القولين وفاقاً للمبسوط فإنّه يوم الإتلاف أو الحيلولة بين المالك و مملوكه. و قيل: على اشتراط الأداء العبرة بأقصى القيم منه إلى الأداء، لأنّ الإعتاق سبب يدوم أثره إلى التلف، فهو كجراحة دامت حتّى مات العبد. و قيل: يوم الأداء لأنّه يوم التلف. و يضعفان بأنّ التلف هنا مأمور به شرعاً فهو غير مضمن، و إنّما المضمن هو الإعتاق، و من البيّن أنّه لمّا أعتق نصيبه كلّف بأداء قيمة الباقى حينئذٍ فيستصحب.

و لو مات قبل الأداء أُخذ من تركته إن لم نشترط الأداء فى العتق أو ظهوره، فإنّه حينئذٍ من الديون اللازمة عليه.

و لو هرب أو أفلس أخّر الأخذ حتّى يرجع أو يوسر و تؤخذ القيمة شرطنا الأداء أم لا، فإنّها من الديون أو الحقوق اللازمة لا يفوت بالتأخير، و الظاهر بقاء الحجر على الشريك فى غير العتق من التصرّفات فيه إلى الأداء أو اليأس منه. و احتمل ضعيفاً ارتفاعه عنه حذراً من التعطيل عليه بغير بدل.

و لو اختلفا فى القيمة قدّم قول المعتق مع يمينه وفاقاً لأبى علىّ للأصل.

و قيل فى المبسوط: قدّم قول الشريك، لأنّه ينتزع منه نصيبه قهراً، فيكون كما لو اختلف الشفيع و المشترى. و ربّما بنى الخلاف على الخلاف فى اشتراط الأداء و عدمه، إذ على الثانى يكون قد أتلف [فيقدّم قوله فى ما أتلفه، و على الأوّل يكون الباقى] «١» ملكاً ثابتاً للشريك، فلا ينتزع منه إلّا بما يقوله،

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من ق و ن.

و لكن المحقّق قدّم قول المعتق مع شرطه الأداء.

و لو ادّعى الشريك فى العبد صناعة تزيد قيمته و أنكرها المعتق قدّم قول المعتق قطعاً للأصل من غير معارض. و للعامّة قول بتقديم الشريك إلّا أن يكون العبد محسناً لها و لم يمض من العتق زمان يمكن تعلّمه فيه عادة فيقدّم قول الشريك، و إن مضى

زمان يمكن فيه التعلّم احتمل قويّاً تقديم قول المعتق كما فى المبسوط و نسبه إلينا لأصالة البراءة و أصالة عدمها و احتمل تقديم قول الشريك؛ لأصالة عدم التجدّد أى أصالة تأخّر العتق، و ذلك إذا لم يعلم زمنه أو توزع فيه أو لمّا كان ينتزع منه قهراً و كانت القيمة الآن زائدة كان القول قوله فى عدم التجدّد. هذا على المختار من اعتبار قيمة يوم العتق.

و لو اختلفا فى عيب قدّم قول الشريك مع يمينه للأصل. و للعامّة قول بتقديم قول المعتق لأصل البراءة.

و لو كان العيب موجوداً و اختلفا فى تجدّده احتمل تقديم قول المعتق؛ لأصالة البراءة و عدم التجدّد أى تأخّر العتق، أو لمّا كان يؤخذ منه القيمة قهراً و قيمته الآن ناقصة كان القول قوله فى عدم تجدّد النقص، أو إذا أمكن أن يكون فى أصل الخلقة فالأصل عدم التجدّد، أو لمّا كان الأصل البراءة كان الأصل عدم التجدّد.

و احتمل تقديم قول الشريك؛ لأصالة براءته من العيب حين الإعتاق و إن كان ممّا يحتمل الكون فى أصل الخلقة، فإنّ الأصل فيها الخلوّ من العيب، و هو الأقوى.

و لو اشترك فى العبد ثلاثة و أعتق اثنان منهم حصّتهما دفعة قوّمت حصّة الثالث عليهما بالسويّة اختلفت حصّتهما أو اتفقت لتساويهما فى الإتلاف كجارحين جرح أحدهما جراحة و الآخر جراحات فسّرت فإنّ الدية عليهما بالسويّة. و للعامّة قول بالتفاوت على نسبة الحصّتين.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٣٨٧

و لو كان أحدهما معسراً قوّم تمام الباقى على الموسر.

و لو كان معسراً بالبعض قوّم عليه بقدر ما يملكه و على الآخر بالباقى و الكلّ ظاهر و إن ترتّب و لم يؤدّ الأوّل شيئاً فإن لم نشترط الأداء كان الثانى لاغياً، و إن شرطناه صحّ عتقه. و احتمل التقويم عليهما كما لو أعتقا دفعة، و على الأوّل خاصّة فإنّ الثالث كان استحقّ قيمة نصيبه على الأوّل بإعتاقه، فلا يتغيّر بإعتاق الثانى، و إنّما يؤثّر فيما استحقّ هو عليه، و هو أقوى.

و الولاء على تقدير صحّة عتقهما لهما على قدر العتق، و لا فرق فيما ذكر من السراية و أحكامها بين أن يكون الشريكان مسلمين أو كافرين أو كان المعتق كافراً إن سوّغنا عتق الكافر أو بالتفريق فكان أحد الشريكين مسلماً و الآخر كافراً؛ لعموم الأدلة.

و لو أوصى بعتق بعض عبده أو بعتقه و ليس له سواه حتّى ينزل منزلة الوصيّة بعتق البعض أو أعتق البعض و لم يقوّم على الورثة باقيه أى لم يسر العتق فى الباقى، و أولى بذلك إن كان مشتركاً وفاقاً للمبسوط و السرائر فإنّ البعض خرج بالوصيّة عن ملكهم، و ما أوقعوه من الإعتاق فإنّما هو عن الميّت، فلا العبد كلّه ملك لهم ليسرى العتق فى الكلّ، و لا أعتقوا شقصهم من مشترك ليجب عليهم استخلاص الكلّ، و لا الوصيّة بأنّ العتق «١» عتق ليسرى مع أنّ السراية خلاف الأصل، فيقصر على اليقين.

و فى النهاية: السراية إذا أوصى بالبعض أو كان مشتركاً و وسع الثلث الكلّ لسبق السبب على الموت.

و خبر أحمد بن زياد سأل الكاظم (عليه السّلام) عن الرجل تحضره الوفاة و له المماليك الخاصّة بنفسه و له مماليك فى شركة رجل آخر فيوصى فى وصيّته مماليكى أحرار، ما حال مماليكه الّذين فى الشركة؟ قال: يقوّمون عليه إن كان ماله

---

(١) فى المطبوع الحجرى: «بالعتق».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٣٨٨

يحتمل ثمّ هم أحرار «١».

و كذا لو أعتقه عند موته أى فى المرض أُعتق من الثلث فإن لم يف إلّا ببعضه عتق البعض خاصّة و لم يقوّم عليه الباقى، لما مرّ من أنّه معسر فيما زاد على الثلث إلّا على تنفيذ المنجزات من الأصل و الاعتبار بقيمة الموصى به أى بعتقه بعد الوفاة فإنّه حين

الإعتاق فلا عبرة بزيادتها أو نقصانها قبله و لا بزيادتها قبله على الثلث أو نقصانها عنه و بالمنجّز عند الإعتاق فلا عبرة بما بعده وفاقاً للشيخ و أبى علىّ و للمصنّف قول باعتبار الوفاة و الاعتبار فى قيمة التركة بأقلّ الأمرين من حين الوفاة إلى حين قبض الوارث، لأنّ التالف بعد الوفاة قبل القبض غير معتبر أى غير محسوب على الوارث، و أولى منه التالف قبل الوفاة و الزيادة بعد الوفاة نمت على ملك الوارث فلا يدخل فى التركة.

و لو ادّعى كلّ من الشريكين الموسرين على صاحبه عتق نصيبه و لا بيّنة حلفا و استقرّ الرقّ عليه بينهما إن قلنا: إنّه ينعتق بالأداء و إن قلنا: إنّه ينعتق بالإعتاق عتق من غير أن يحلفا أخذاً لهما بإقرارهما.

و لو كانا معسرين كان كلّ منهما شاهداً لعتق نصيب الآخر غير متّهم، فلو كانا عدلين فللعبد أن يحلف مع كلّ واحد منهما لعتق نصيب الآخر منه و يصير جميعه حرّا أو يحلف مع أحدهما و يصير نصفه إن كانت الشركة بالتناصف حرّا، و لو كان أحدهما خاصّة عدلًا كان له ان يحلف معه و يصير نصفه حرّا. و هذا كلّه لا يخالف ما سيأتى من أنّ العتق لا يثبت بشاهد و يمين، فإنّ اليمين هنا لدفع السعى عن نفسه.

و على ما اخترناه من الاستسعاء خرج نصيب كلّ منهما عن يده بادّعاء الآخر فيخرج العبد كلّه عن أيديهما بالدعويين أو المراد بالخروج المشارفة له، و المعنى خرج نصيب كلّ منهما عن استقرار يده عليه باعترافه،

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۴۶۳ ۴۶۴ ب ۷۴ حكم من أعتق مملوكه فى مرضه .. ح ۲.

فيخرج كلّه عنه بإقراريهما و يستسعى فى قيمته كلّه لاعتراف كلّ منهما بذلك أى بأنّ للعبد فكّ نفسه بسعيه فى نصيبه هذا على المختار من السعى بجميع الكسب.

و أمّا إذا لم يملكه يمكنه السعى، إلّا بما قابل من جزئه الحرّ من كسبه، فلا يمكنه السعى هنا، فإنّ كلّاً منهما يأخذ من كسبه ما قابل نصيبه لإنكاره العتق فيه، فلا يبقى منه ما يفكّ به. و على المختار إن كانا موسرين ففى الاستسعاء نظر، من اعتراف كلّ منهما باستحقاق قيمة نصيبه من الآخر لا من العبد، و من تعذّر الأخذ منه فيتنزّل منزلة الإعسار، و لعلّه أقرب.

و إن اشترى أحدهما بعد ما ادّعاه من العتق نصيب صاحبه عتق عليه ذلك؛ لإقراره و لم يسر إلى النصف الّذى كان له، و لا يثبت له عليه ولاء بإزاء هذا الجزء، لأنّه لم يصدر عتقه عنه، فإن مات و لم يكن له وارث سواهما كان ماله مجهول المالك، فإنّ البائع يقول: إنّه للمشترى لكونه عبده، و المشترى يقول: إنّه للبائع بالولاء.

قيل: و لكن للمشترى أن يأخذ منه بقدر ما أدّاه من الثمن، فإنّه يدّعى أنّ البائع إنّما أخذه ظلماً و قد ظفر له بمال. و فيه أنّه لم يدّع الظلم بالنسبة إليه، و قد تبرّع بما أدّاه و أباحه للبائع.

و لو أكذب نفسه فى شهادته على شريكه بالعتق ليسترقّ ما اشتراه منه أو ما سيشتريه لم يقبل بالنسبة إليه، فإنّه إنكار بعد الإقرار.

أمّا الولاء لو أعتقه فله لأنّ على العبد حينئذٍ ولاء لا يدّعيه سواه فيثبت له كما فى سائر ما يدّعيه من لا منازع له و إن تضمّنت شهادته أوّلًا بإعتاق شريكه بطلان الولاء له فى نصيب الشريك.

و فيه إشكال لذلك أقربه انتفاء الولاء عنه، إذ ليس هو المعتق لهذا الجزء باعترافه أوّلًا، فهو لا يدّعى ولاء إلّا بعد أن أقرّ بانتفائه عنه فلا يسمع.

نعم يثبت له المال الّذى يتركه العبد لاعتراف البائع له

بالاستحقاق و هو أيضاً يدّعيه الآن، و لا يضرّ شهادته السابقة المتضمنة؛ لانتفاء المال عنه، فإنّه لم يكن حين الشهادة مال ينفيه، و حين حصول المال لا ينفيه و لا منازع له فيه فيكون له «١». و فيه تردّد و إن افترق المال و الولاء بعداً عن الإقرار و قرباً. و بمكان من البعد ما فى الإيضاح من أنّه لم يفرض اعتراف المشترى، و إنّما احتمل ثبوت الولاء بمجرّد الإكذاب تمسّكاً بأنّ للعبد بشهادته أوّلًا ولاء ينكره من شهد به له، فلا يثبت له، و لما أكذب نفسه كان بمنزلة من فى يده مال فأقرّ به لزيد فكذّبه زيد ثمّ رجع و ادّعاه لنفسه فيكون الولاء له، ثمّ استقرب أن ليس الولاء له، لأنّه ليس بمعتق و لا وارث له لينتقل منه إليه، و إنّما له المال. و على ما اختاره من ثبوت المال له دون الولاء.

فلو مات المشترى قبل العبد ثمّ مات العبد ورث العبد وارث المال لا وارث الولاء خاصّة فإن أكذب البائع نفسه فأقرّ بعتق نصيبه بعد إكذاب المشترى نفسه قدّم قول البائع و إن كان مدّعياً لفساد العقد، لتصادقهما حينئذٍ على الفساد لإلغاء إكذاب المشترى، لكن لا ولاء له أخذاً بإقراره الأوّل.

و هل له المال؟ يحتمله، لأنّه يدّعيه و قد صدّقه المشترى حيث ادّعى عليه العتق، و لا يسمع إكذابه نفسه ثانياً. و العدم، لأنّه بالبيع الّذى فعله أقرّ بأنّ المال ليس له، فلا يسمع إكذابه نفسه ثانياً.

و لو اشترى كلّ منهما نصيب صاحبه بعد ما ذكر من التداعى عتق أجمع باعترافهما و لا ولاء لأحدهما عليه لاقرارهما فإن أعتق كلّ منهما ما اشتراه ثمّ أكذب نفسه فى شهادته أو عكس ثبت الولاء لكلّ منهما بالتقرّب المتقدّم، و فيه إشكال، و كذا لو انفرد به أحدهما ثبت له الولاء و كان عليه فكّ الباقى إن أيسر أخذاً بإقراره الثانى.

---

(١) عبارة «فيكون له» ليس فى ق و ن.

و لو أقرّ كلّ منهما بأنّه كان قد أعتق و صدّق الآخر فى شهادته بطل البيعان لتصادقهما على البطلان و إن أكذب كلّ منهما نفسه للإلغاء كما عرفت و لكلّ منهما الولاء على نصفه قطعاً إن أعتق كلّ منهما ما اشتراه لتحقّق إعتاق كلّ منهما إمّا قبل البيع أو بعده، و احتمالًا إن لم يعتقا لتصادقهما الآن على ذلك كما عرفت.

و لو كان أحدهما معسراً و الآخر موسراً و تداعيا العتق عتق نصيب المعسر وحده بمجرّد التداعى إن لم نشترط الأداء فى السراية، لاتّفاقهما حينئذٍ على عتقه.

و لا تقبل شهادة المعسر عليه أى الموسر أو العتق و إن كان عدلًا للتهمة و يحلف الموسر يميناً واحدة على عدم العتق و يبرأ من القيمة و العتق معاً و لا ولاء لأحدهما فى نصيب المعسر و هو ظاهر.

و لو أقام العبد شاهداً على عتق نصيب الموسر حلف معه و عتق نصيب الموسر أيضا.

و لو أعتق المعسر من الشركاء الثلاثة نصيبه تحرّر و استقرّ رقّ الآخرين على اشتراط الأداء و عدمه إن لم نقل بالاستسعاء مع الإعسار كما يظهر من إطلاق بعض الأخبار «١».

فإن أعتق الثانى نصيبه و كان موسراً سرى فى حصة الثالث و كان ثلثا الولاء للثانى إن تساوت الحصص، لوقوع عتق الثلثين باختياره عتق الثلث.

و إذا دفع الشريك المعتق قيمة نصيب شريكه عتق بعد الدفع و الانتقال إليه ليقع العتق عن ملك ان قلنا إنّه إنّما ينعتق بالأداء و قيل: بل معه، لأنّه الجزء الأخير لتمام علّة العتق.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك ..

و كذا إذا دفع قيمة باقى قريبه و كان قد ملك منه شقصاً فانعتق عليه أو قيمة تمامه فلا يتفاوت الحال فى الانعتاق عليه قهراً، و الخلاف فى مقارنته لدفع القيمة، لأنّه لا يملك قريبه أو تأخّره عنه، إذ لا عتق إلّا فى ملك، و هو الأقوى، فإنّه لا يملكه ملكاً مستقرّاً و لو كان الشريك المعتق معسراً و استسعى العبد فسعى و انعتق ثمّ أيسر المعتق فلا رجوع للعبد عليه بما أدّاه؛ للأصل من غير معارض، و ربّما احتمل الرجوع على اشتراط الأداء.
أمّا لو أيسر قبل الدفع من العبد فإنّه يضمن القيمة لإطلاق الأخبار «١» بأنّه يضمن القيمة؛ لإفساده على الشريك، و أصالة براءة العبد ما لم يدفع، و نحو خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه سأل الصادق (عليه السّلام) عن قوم ورثوا عبداً جميعاً فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالّذى عتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى؟ قال: نعم يؤخذ بما بقى منه بقيمته يوم أُعتق «٢» فإنّ الظاهر كون «أُعتق» بصيغة المعلوم، و أنّه أخّر الأداء و هو يعمّ ما لو كان التأخير للإعسار.
و على ما اخترناه من السعاية الأقرب أنّه قبلها مملوك فى حصّة الشريك للأصل، و كون العبد بالخيار فى السعى، و إطلاق ما نطق به من الأخبار «٣» بأنّه يخدم بالحصص إذا أعسر المعتق، و قول الباقر (عليه السّلام) فى خبر محمد بن قيس: ثمّ يسعى العبد فى حساب ما بقى حتّى يعتق «۴». و فى حسنه: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى عبد كان بين رجلين فحرّر أحدهما نصفه و هو صغير و أمسك الآخر نصفه، قال يقوّم قيمة يوم حرّر الأوّل، و أمر المحرّر أن يسعى فى نصفه الّذى لم يحرّر حتّى يقضيه «۵».
و يحتمل أن يكون حرّا و المال فى ذمّته لما تقدم من قوله (عليه السّلام): ليس

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك ..
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٢ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك ... ح ۶.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٢٢ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً له فيه شريك .. ح ٧.
(۴) المصدر السابق: ص ٢١ ح ٣.
(۵) المصدر السابق: ص ٢١، ح ۴.

للّه شريك «١». و لا ينبغى أن يستخدمها ما عليه فإذا مات و لم يتمّ السعاية أخذ مولاه بقيّة السعاية من تركته.
و على الأوّل يرث بقدر الرقّية بل له من التركة بقدرها بلا إرث و الساعى على الأوّل كالمكاتب المطلق ينعتق منه بقدر ما يؤدّى للأصل، و تغليب الحرّية، و ظاهر قوله (عليه السّلام): ثمّ يسعى العبد فى حساب ما بقى حتّى يعتق.
و إذا أثبتنا السعاية فإنّه يستسعى حين أعتقه الأوّل، فإذا أعتق الثانى لم يصحّ عتقه إن قلنا بتحريره بالأوّل و ثبوت المال فى ذمّته و السعاية باقية عليه كما يظهر ممّا بعده، و استقرب سقوطها فى التحرير بناءً على أنّ الإعتاق يقتضيه و وقوع الحرّية به، و فساد إحدى النصيبين لا يقتضى فساد الأُخرى، و لأنّ الظاهر منه الإسقاط حيث يطلق «٢» بالتحرير و إلّا صحّ العتق و لا سعاية عليه.
و لو أعتق المعسر حصّته فهايأه الثانى أو قاسمه كسبه ثمّ مات العبد و فى يده مال فى مقابلة ما تحرّر منه بالمهاياة و المقاسمة لم يكن للمالك الثانى فيه شىء إلّا أن يكون بقى من المقاسمة شىء لم يؤدّه إليه لأنّه أى ما فى يده حصل له بجزئه الحرّ أى بإزائه، فلا ينافى ما أطلقوه من أنّ المبعّض يورث بحساب الحرّية، و لا يعطى أنّه لو ورث بجزئه الحرّ أو أوصى له لم يكن للمولى منه شىء، مات أولا، هاياه أولا، فإنّ ذلك فى يده بسبب الحرّية لا بإزائها، و هو داخل فى الكسب النادر.

و لو كان له نصف عبدين متساويين فى القيمة و لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما سرى إلى نصيب شريكه قطعاً إن لم يستثن الخادم أو لم يحتج إليه لأنّه حينئذٍ موسر بالنصف من الآخر و أولى منه لو كان الآخر أعلى قيمة فإن أعتق الآخر و لم يؤدّ إلى شريكه فى الأوّل ليستخلصه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶٣، ب ۶۴، أنّ من أعتق بعض مملوكه .. ح ١ و ٢.

(٢) فى المطبوع الحجرى، نطق.

عتق، لأنّ وجوب القيمة لبقيّة الأوّل عليه لا يمنع صحّة عتقه لغيره و إن انحصر فيه ماله؛ لتعلّقها بالذمّة دون العين و لم يسر عتق الثانى إلى بقيته لأنّه الآن معسر.

و لو أعتق نصف الثانى فى مرضه لم يصحّ، لأنّ عليه ديناً و لا مال له سواه، إلّا أن يتجدّد له المال أو زادت قيمته قبل الموت.

[المطلب الثانى: عتق القرابة]

المطلب الثانى: عتق القرابة فمن ملك أحد أبعاضه أعنى أُصوله و فروعه و إطلاق البعض على الأُصول تغليب و إن كان على الفروع أيضاً تجوّزاً فإنّه المعهود، أو إضافة الأبعاض لأدنى ملابسة، أى كلّ من الأصل و الفرع بعض من كلّ هو مجموعهما عتق عليه اتّفاقاً سواء دخل فى ملكه باختياره أو بغير اختياره، و سواء كان المالك رجلًا أو امرأة و الأصل فى ذلك النصوص، و هى كثيرة، كقول أحدهما (عليهما السّلام) فى صحيح محمّد بن مسلم: إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته عتقوا «١». و قول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح عبيد بن زرارة: لا يملك والدته و لا والده و لا أخته و لا ابنة أخيه و لا ابنة أُخته و لا عمّته و لا خالته و يملك ما سوى ذلك «٢». و خبر أبى حمزة الثمالى سأله (عليه السّلام) عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال: كلّ أحد إلّا خمسة: أبوها و أُمّها و ابنها و ابنتها و زوجها «٣».

و ربّما استدلّ بقوله تعالى: وَ مٰا يَنْبَغِي لِلرَّحْمٰنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَداً. إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمٰاوٰاتِ وَ الْأَرْضِ إِلّٰا آتِي الرَّحْمٰنِ عَبْداً» «۴» و قوله تعالى: «وَ قٰالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمٰنُ وَلَداً سُبْحٰانَهُ بَلْ عِبٰادٌ مُكْرَمُونَ» «۵».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٩ ب ٧ انّ الرجل إذا ملك أحد الآباء ح ١.

(٢) المصدر السابق: ح ۵.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٣ ب ٩ أن المرأة إذا ملكت أحد الآباء ح ١.

(۴) مريم: ٩٢ ٩٣.

(۵) الأنبياء: ٢۶.

و كذا لو ملك الرجل إحدى المحرّمات عليه نسباً للأخبار كقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير و أبى العبّاس و عبيد: إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمّته أو خالته أو بنت أخيه و ذكر أهل هذه الآية من النساء عتقوا جميعاً «١» أو رضاعاً وفاقاً للشيخ و جماعة، لقوله (عليه السّلام): يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب «٢». و نحوه قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى

بصير و أبى العبّاس و عبيد: و لا يملك امّه من الرضاعة و لا أَخته و لا عمّته و لا خالته إذا ملكن عتقن، و قال: ما يحرم من النسب فإنّه يحرم من الرضاع «۳». و قوله فى صحيح الحلبى و ابن سنان فى امرأة أرضعت ابن جاريتها، قال: تعتقه «۴». و حكى عليه الإجماع فى الخلاف.

و خلافاً للحسن و أبى علىّ و المفيد و سلّار و ابن إدريس للأصل و بعض الأخبار كقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر الحلبى: فى بيع الامّ من الرضاع، قال: لا بأس بذلك إذا احتاج «۵». و فى خبر عبد اللّه بن سنان: إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حرّ إلّا ما كان من قبل الرضاع «۶». و خبر إسحاق بن عمّار سأل الكاظم (عليه السّلام) عن رجل كانت له خادمة فولدت جارية فأرضعت خادمه ابناً له و أرضعت أُمّ ولده ابنة خادمه فصار الرجل أبا بنت الخادم من الرضاع يبيعها؟ قال: نعم إن شاء باعها فانتفع بثمنها «۷».

و الجواب: ضعفها عن معارضة الأخبار الأوّلة مع احتمال الأخير عود الضمير على الخادمة الّتى أرضعت ابنه، و الأوّل أن يراد أُمّ ولده من الرضاع لا امّه، و الثانى كون «إلّا» بمعنى الواو، مع أنّ الاستثناء إنّما يفيد عدم مساواة مجموع الأب

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۳، ص ۲۹، ب ۴، من أبواب بيع الحيوان ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۴، ص ۲۸۲، ب ۱، من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۳، ص ۲۹، ب ۴، من أبواب بيع الحيوان ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۳ ص ۲۹ ب ۴ من أبواب بيع الحيوان ح ۳.

(۵) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۲۴۵ ح ۸۸۶.

(۶) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۲۴۵ ح ۸۸۵.

(۷) وسائل الشيعة: ج ۱۴ ص ۳۰۹ ب ۱۹ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ۲.

و الأخ من الرضاع لهما من النسب، فيجوز أن يكون لعدم تأكّد استحباب تحرير الأخ منه كما يتأكّد فيه من النسب.

و لا ينعتق على المرأة سوى العمودين بالاتّفاق إلّا فى الزوج ففيه خلاف تقدّم، و يدلّ عليه مع الأصل خبر أبى حمزة سأل الصادق (عليه السّلام) عن المرأة ما تملك من قرابتها، قال: كلّ أحد إلّا خمسة: أباها و أُمّها و ابنها و ابنتها و زوجها «۱».

و لمّا لم يذكر من الرضاع إلّا المحرّمات على الرجل غير العمودين و كان حكمها أيضاً كذلك قال و لو ملك أحدهما أى العمودين من الرضاع من ينعتق عليه لو كان نسباً رجلًا كان أو امرأة عتق عليه يعنى ما ذكر، و الخلاف الخلاف و الأقوى أنّه لا حكم لقرابة الزنا، و فى الخنثى أنّها كالمرأة مالكة و كالرجل مملوكة؛ للأصل فيهما و لا يثبت العتق إلّا حين يتحقّق الملك إذ لا عتق إلّا فى ملك، و لأنّ العقد لو اقتضى زوال الملك عن البائع مثلًا من غير أن يملكه المشترى لما قوّم عليه إن اشترى بعضه و لما تبعه أحكام البيع من الأرش و غيره، و للأخبار «۲» لنطق الأكثر بأنّه إذا ملك كذا انعتق عليه، و أمّا ما فى بعضها من نحو «لا

يملك امّه من الرضاع» «٣» «و لا يملك الرجل والديه و لا ولده و لا عمّته و لا خالته» «۴» فبمعنى الاستقرار. و إذا توقّف العتق على الملك و هما متضادّان لا يمكن اجتماعهما فى آن لزم القول بالملك آناً ثمّ العتق، و هو خيرة المبسوط. و هنا قولان آخران: أحدهما أنّه لا ملك، و الآخر وقوع الملك و العتق معاً.

و من ينعتق عليه بالملك كلّه ينعتق عليه بعضه لو ملك ذلك

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٣ ب ٩ أنّ المرأة إذا ملكت أحداً من الآباء .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۶ ب ۵ أنّه لا يصحّ العتق قبل الملك.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٩ ب ٧ أنّ الرجل إذا ملك أحد الآباء ... ذيل الحديث ۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٩ ب ۴ من أبواب بيع الحيوان، و ج ١۶ ص ٩ ب ٧ أنّ الرجل إذا ملك أحد الآباء.

البعض لعموم الأدلّة و لا يقوّم عليه الباقى لو كان معسراً و إن ملكه اختياراً و لا مع يساره لو ملكه بغير اختياره لما عرفت من شرط السراية وفاقاً للشيخ و جماعة، لقوله (عليه السّلام): يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب «١». و نحو قول الصادق (عليه السّلام) فى خبر أبى بصير و أبى العبّاس و عبيد و لا فارق «٢».

و لو ملكه مختاراً موسراً فالأقرب وفاقاً للمسبوط التقويم عليه؛ لصدق أنّه أعتق البعض اختياراً، فإنّ الإعتاق تحصيل العتق، و هو هنا بالملك. و يحتمل العدم بناء على وقوعه قهراً بالملك، و ليس الملك علّة للعتق لتضادّهما، بل إنّما حصل العتق بحكم الشارع، و لو سلّم فقد وقع الخلاف فى إسناد الفعل إلى فاعل السبب، و فى أنّ القدرة على السبب قدرة على المسبّب.

و هل يقوّم اختيار الوكيل شراء بعض قريب الموكّل الّذى ينعتق عليه أو اختياره ذلك جاهلين بأنّه ممّن ينعتق عليه مقام اختياره عالماً؟ فيه نظر فالأوّل من أنّ إطلاق التوكيل يستلزم صحّة الشراء المستلزم للعتق و نزول اختيار الوكيل منزلة اختيار الموكّل فوقع العتق باختياره فلزم التقويم، و من أنّ الظاهر أنّ الإذن لا يتناول مثله، لأنّ فيه إتلاف المال فيبطل، و إن صحّ فليس اختياراً للعتق إلّا مع العلم بأنّه ينعتق، إذ لا معنى لاختياره إلّا القصد إلى إيقاعه و هو منتفٍ. و الثانى من الشكّ فى أنّ اختياره الشراء المؤدّى إلى العتق اختيار له مع جهله بالتأدّى إليه إن قلنا بكونه اختياراً له مع العلم. و صحيح محمّد بن ميسر قال للصادق (عليه السّلام): رجل أعطى رجلًا ألف درهم مضاربة فاشترى أباه و هو لا يعلم ذلك، قال: يقوّم، فإن زاد درهم واحد عتق و استسعى الرجل «٣».

و لو أوصى له ببعض ولده فمات بعد موت الموصى قبل القبول فقبله أخوه أى الولد له أى للموصى له سرى فى باقيه على الميّت

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۴ ص ٢٨٠ ب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٩ ب ۴ من أبواب بيع الحيوان ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٨٨ ب ٨ من أبواب المضاربة ح ١.

إن خرج قيمة الباقى من الثلث لإعساره فيما زاد عليه، و ذلك لتنزّل قبوله منزلة قبول الموصى له فكأنّه قبل فى الحياة و قبوله كاشف عن ملكه من حين موت الموصى. و فيه أنّه لا وجه لدخوله تحت نصوص السراية، و أن ينزل قبول الوارث منزلة قبول

مورثه و كشف عن ملكه حين مات الموصى.

و لو أوصى له ببعض ابن أخيه فمات و أخوه وارثه فقبله أخوه له لم يقوّم الباقى على الأخ لأنّ الملك يحصل للميّت أوّلًا، لقبول الوارث له ثمّ له بالإرث فكأنّه حصل له الملك بغير اختياره، و يحتمل التقويم لأنّه فى الحقيقة حصل باختياره و إن بعد بواسطة و كذا الاحتمال لو رجع إليه بعض قريبه الّذى ينعتق عليه بردّ عوضه بالعيب كما لو باع بعض أخيه بعين ثمّ مات البائع و لم يخلّف إلّا ابن أخيه ثمّ ظهر فى العين عيب فرده فرجع إليه البعض من أبيه؛ لاحتمال أنّه إنّما اختار ردّ العوض و الرجوع حصل بغير اختياره، و كون الرجوع أيضاً باختياره بالواسطة.

و لو اشترى هو و أجنبيّ صفقة قريبه الّذى ينعتق عليه عتق كلّه مع يساره و ضمن قيمة حصّة شريكه لعموم الأدلّة.

و لو اشترى الزوج و الولد امّه أى الولد صفقة و هى حامل ببنت سرى على الولد فى الأُمّ و قوّمت حصّة الزوج منها على الابن و عتقت البنت عليهما معاً لأنّها بنت الزوج و أُخت الابن، و ليس لأحدهما على الآخر شىء من قيمتها. و كذا لو وهبت الامّ لهما فقبلاها دفعة و لو قبلها الابن أوّلًا و تأخّر قبول الزوج لا على وجه يعتمد عتقت عليه هى و حملها بعضها أصالة و البعض سراية و غرم القيمة لهذا البعض.

و هل هى للزوج أو للواهب؟ إشكال من تعلّق حقّ الزوج بها و إسقاط الواهب حقّه منها، و من حصول العتق قبل قبول الزوج و الدخول فى ملكه و الملك قبله للواهب فله القيمة، فإنّه إذا تلف الموهوب قبل القبول بطلت الهبة و أقربه الثانى للتلف قبل الانتقال فلا يجدى تعلّق الحقّ به قبل التلف، و الواهب إنّما أسقط حقّه من العين مع أنّه لا يتمّ الإسقاط إلّا بتمام القبول فله أى للواهب

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٣٩٩

نصف القيمتين أى قيمتى الامّ و البنت أى قيمة الأُمّ حاملًا لا مجرّدة عن الحمل، إلّا أن يعتبر القيمة حين الأداء و لم يؤدّ إلّا بعد الوضع، فإنّه يؤدّى نصف القيمتين حقيقة و إلّا فللزوج نصف قيمة الأُمّ حاملًا مجرّدة عن الحمل، إلّا أن يعتبر حين الأداء و آخر فنصف قيمتها والدة، و ليس عليه حينئذٍ نصف قيمة الولد لانعتاقه عليه بقبوله، إلّا على القول بعتق الجميع بمجرّد عتق البعض إذا كان المعتق موسراً من غير اشتراطه بالأداء فإنّه يلغو قبول الزوج حينئذٍ، كما يلغو إعتاق الشريك بعد إعتاق شريكه قبل الأداء.

و لو قبل الزوج أوّلًا عتق عليه الولد كلّه و عليه قيمة نصفه ثمّ إذا قبل الابن عتقت عليه الامّ كلّها و عليه نصف قيمتها و يتقاصّان بما لهما من نصفى الامّ و الولد على الأوّل و هو كون القيمة للمتّهب و يردّ كلّ منهما الفضل على صاحبه إن فضلت إحدى القيمتين على الأُخرى، و ذلك إن ألغينا قبول الابن للبنت؛ لانعتاقها بمجرّد قبول الزوج، و إلّا لم يكن له نصف قيمتها و كذا الوصيّة للزوج و الابن بامّه حاملًا ببنت إن كان القبول ناقلًا، إذ لو كان كاشفاً لم يتفاوت الحال بالاقتران و الترتّب.

[المطلب الثالث: القرعة]

اشارة

المطلب الثالث: القرعة و محلّها الكثرة إذا حصل العتق لبعضهم و لم يتعيّن فمن أعتق أحد عبيده و لم يعيّن لفظاً و لا نيّة أو لفظاً خاصّة ثمّ مات قبله قيل: تعيّن الوارث بلا قرعة و قيل: مع القرعة و قد تقدّم.

و من أعتق فى مرض الموت ثلاثة أعبد لا- مال له سواهم دفعة اخرج واحد بالقرعة فيتعيّن العتق فى كلّه أو بعضه أو فيه و فى

بعض آخر يخرج بالقرعة.

و لو رتّب العتق بـدئ بعتق الأوّل فإن زاد على الثلث نفـذ بقـدره و لو نقص أكمل من الباقى بقدره، و كذا لو أوصـى بالعتق على ترتيب بدئ بالأوّل و لا قرعة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۰۰

و لو رتّب فى الوصيّة لكن اشتبه أو جمع بينهم أقرع و كذا لو رتّب فى المنجّز فاشتبه و التدبير كالوصيّة.

و لو قال: الثلث من كلّ واحد منكم حرّ ففى إجراء القرعة فيه إشكال من أنّه يسرى العتق فى كلّ منهم بعتق ثلثه لإيسار المولى، و لا يسرى فى الكلّ لانحصار المال فيهم. و من أنّه لا سراية هنا، لأنّه أتلف ثلث ماله دفعة و هو معسر فى الزائد، و هو أقرب كما مرّ فى الوصايا.

و لو أعتق ثلاثة فصاعداً لا يملك غيرهم و مات أحدهم قبل موت المولى أو قبض الوارث لم يتنزّل «۱» الميّت منزلة المعدوم، لأنّه مات بعد التحرير بل أُقرع بين الميّت و الأحياء فإن خرجت على الميّت حكم بموته حرّا فمؤنة تجهيزه على وارثه أو فى بيت المال كلّا أو بعضاً و إلّا حكم بكونه رقّاً فتجهيزه على ورثة المولى و لا يحتسب من التركة لتلفه قبل القبض و يقرع بين الحيّين فيتحرّر من تقع عليه القرعة خاصّة إن وفى بالثلث من التركة الباقية، و لو عجز أكمل الثلث من الآخر معيّناً إن كانوا ثلاثة و إلّا فبالقرعة فإن فضل منه أى من الأوّل الّذى خرجت القرعة بحرّيته شيء بأن زاد على ثلث التركة الباقية كان الفاضل رقّاً فلو كانوا ثلاثة متساوين قيمة عتق منه ثلثاه.

و لو كان موته بعد قبض الورثة له حسب من التركة كما فى المبسوط لدخوله فى يد الوارث و ضمانه، فاعتبر الثلث من التركة الاولى. و قيل: بل لا يحسب منها كالأوّل، إذ ليس لهم التصرّف فيه ما لم يظهر الحرّ من العبد.

و لو دبّرهم و مات أحدهم قبل المولى بطل تدبيره و لم يحسب من التركة بل أقرع بين الحيّين و أعتق من أحدهما ثلثهما و ثلثهما قد يكون ثلثى الواحد و قد يزيد و قد ينقص، و لو مات بعد المولى قبل القبض أو بعده لم يبطل تدبيره بل كان كما فى المسألة المتقدّمة.

---

(۱) فى ط: ينزل.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۰۱

و لو أعتق ثلاث إماء فى مرض الموت و لا يملك سواهنّ أخرجت واحدة بالقرعة، فإن كان بها حمل تجدّد بعد الإعتاق فهو حرّ إجماعاً إلّا أن يكون أبوه عبداً و اشترط الرقّية و أجزناه و إن كان سابقاً فالأقرب الرقّية لما عرفت من أنّ الحمل لا يتبع الحامل فى العتق، خلافاً للشيخ و أبى علىّ.

و لو أوصى بعتق عبد مثلًا فخرج من الثلث لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه الحاكم و يحكم بحريته من حين الإعتاق إذ به يتمّ السبب الشرعى لها لا من حين الوفاة فإنّ الوصيّة ليست من الإعتاق فى شيء فما اكتسبه بينهما للوارث على رأى وفاقاً للمحقّق لأنّه بينهما رقيق له فكسبه له، و خلافاً للشيخ تمسّكاً بأنّ الإرث بعد الوصيّة، فالوصيّة و الموت تمّا سببا لخروج العبد عن ملك الوارث و الكسب تابع، لكن لا يملكه العبد إلّا بعد العتق.

و لو أعتق المريض شقصاً له من عبد مشترك ثمّ مات معسراً فلا تقويم قطعاً، و حدّ الإعسار عدم وفاء الثلث فإن لم يكن له غيره أى الشقص عتق ثلثه أى ثلث الشقص خاصّة.

و لو خلّف ما يزيد بعد أداء قيمة الشقص الباقى ضعف قيمة الشقص الباقى قوّم عليه و عتق على إشكال، ينشأ من انتقال التركة

إلى الورثة بالموت حيث لا دين و لا وصيّة فلا يبقى للميّت شيء يقضى منه للشريك فيكون معسراً، و من أنّ النصّ و الفتوى دلّا على أنّ من أعتق شركاً له عتق عليه الكلّ فصار قيمة الباقى ديناً عليه.

أمّا لو أوصى بعتق الشقص فالأقرب عدم التقويم فإنّ الوصيّة غير العتق فلا سراية حين الوصيّة و لا مال له حين العتق و لا تقويم على الوارث فإنّه يعتق عن الميّت. و يحتمل التقويم ضعيفاً بناءً على أنّ الوصيّة بالشيء وصيّة بلوازمه، و التقويم لازم لعتق الشقص، و لعموم ليس للّه شريك و كذا التدبير فإنّه وصيّة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۰۲

و لو أعتق المريض مماليك أو أوصى به و ظهر دين مستغرق بعد الحكم بالحرّية لخروجهم من الثلث ظاهراً حكم ببطلان العتق، فإن قال الورثة: نحن نقضى الدين و نمضى العتق فالأقرب وفاقاً للشيخ نفوذه، لأنّ المانع من نفوذه الدين و قد سقط بضمان الورثة أو أدائهم و يحتمل عدمه، لأنّ الدين مانع فوقع باطلًا حين وقع و لا يصحّ بزوال المانع بعده إذ لا يكفى فى تحقّق الشيء، بل لا بدّ فيه معه من وجود الموجب، و لا يكفى وجوده حين كان المانع، و إنّما يتمّ إن كان المانع مانعاً من التأثير دون استقراره، و تغليب الحرّية يقوى الثانى.

و لو وقعت القرعة على واحد من الثلاثة فأعتق ثمّ ظهر دين يستغرق نصف التركة احتمل بطلان القرعة، لأنّ صاحب الدين شريك فيه، فلم يصحّ الإقراع و القسمة مع غيبته و احتمل الصحّة، و يرجع نصف العبد رقّاً فإنّه إنّما يبطل لو تضمّن تضييع حقّ للشريك، و ليس كذلك، فإنّها إنّما عيّنت العتق، و إنّما للدائن حقّ فى نصف كلّ منهم، فإذا رجع نصف المقروع رقّاً فقد جمع بين الحقّين، هذا إن تعلّق الدين بالتركة، و إلّا فالصحّة متعيّنة.

و لو ظهر له مال بقدر ضعفهم بعد رقّية اثنين أعتقوا أجمع و إن أعتقهم [و عرف الخلاف] «۱» فى مرضه ظهر صحّته فى الجميع و يكون كسبهم من حين الإعتاق لهم لا من حين موت المولى الموصى بعتقهم كما عرفت و عرفت الخلاف.

و إن كانوا بيعوا ظهر أنّه بطل البيع، و كذا لو كانوا زوّجوهم بغير إذنهم و أجزنا ذلك لمولى العبد ظهر فساد التزويج، لأنّ الوارث ليس مولى لهم و لو كان تزوّج أحدهم بغير إذن سيّده أى الوارث ظهر أنّه كان نكاحه صحيحاً إذ لا ولاية له عليه.

---

(۱) ما بيم المعقوفين ليس فى ق و ن.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۰۳

و لو ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم فيقرع بين الاثنين الباقيين إن نقص الأوّل عن الثلثين.

و لو علّق فى الصحّة نذر العتق بشرط وجد فى مرضه أعتق من صلب المال لتقدّم السبب و انتفاء التهمة. و احتمل فى التحرير كونه من الثلث لصدق كونه من منجّزات المريض.

و لو شهد بعض الورثة بعتق مملوك لهم مضى العتق فى نصيبه منه فإن شهد آخر منهم و كانا مرضيّين نفذ العتق فيه أجمع و كذا لو حلف مع شهادة واحد مرضىّ كما مرّ و إلّا مضى فى نصيبهما خاصّة و لا يكلّف أحدهما شراء الباقى لأنّهما لم يعتقا، و لكن يستسعى المملوك، لصحيح محمّد ابن مسلم سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن رجل ترك مملوكاً بين نفر فشهد أحدهم أنّ الميّت أعتقه، قال إن كان الشاهد مرضياً لم يضمن، و جازت شهادته، و استسعى العبد فيما كان للورثة «۱». و نحوه خبر منصور عن الصادق (عليه السّلام) «۲».

و لو شهد اثنان مرضيان على رجل بعتق شقص قوّم عليه الباقى، فإن رجعا بعد الغرم غرما قيمة العبد أجمع لأنّهما فوّتا عليه نصيبه و قيمة نصيب شريكه إلّا أن يشهد آخران بعتقه قبل شهادتهما فيسقط الضمان.

و لو شهدا على المريض بعتق عبد هو ثلث تركته فحكم الحاكم بعتقه ثمّ شهد آخران بعتق آخر هو ثلث تركته ثمّ رجع الأوّلان فإن سبق تاريخ متعلّق شهادتهما و لم يكذّب الورثة رجوعهما بشرط أن لا يصدّقوه أيضاً بل يسكتوا، و الأظهر و لم يصدق عتق الأوّل عملًا بالحجّة الشرعيّة من غير معارض، فإنّ الشهادة الثانية لا تعارضها لضبط التاريخ، و خصوصاً إذا كذّبوا الرجوع و صدّقوا الشهادة و لمّا رجعا بعد الحكم لم يقبل رجوعهما و لم يغرما شيئاً للورثة و لا للعبد الثانى؛ للأصل، و عدم

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٥٥ ب ٥٢ أنّ أحد الورثة لو شهد .. ح ١.

(٢) المصدر السابق: ص ٥٦ ح ٢.

تفويتهما شرعاً على أحد شي‌ء، لحكم الشرع بعتق الأوّل و رقّ الثانى.

و يحتمل قويّاً إلزامهما بشراء الثانى بمهما كان من الثمن و عتقه و ضمانهما منافعه لأنّهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها أى مع اعترافهما بكذبها فاعترفا بالتفويت عليه، و يلزم الورثة الرضا؛ لقيام الحجّة الشرعيّة بعتقه بدون معارض، و قد يمنع إلزامها بذلك و تغريمهما لما أنّ السبب فى عدم انعتاقه قصور الثلث مع عدم إجازة الوارث لا شهادتهما الكاذبة، و ضعفه ظاهر.

و إن صدّقوهما فى الرجوع و كذّبوهما فى شهادتهما عتق الثانى لأنّه ثبت عتق عبد هو ثلث، و إنّما النزاع فى التعيين، فلمّا كذبوا البيّنة الأُولى فكأنهم وافقوا الثانية فى عتق الثانى و رجعوا عليهما بقيمة الأوّل لأنّهما فوّتا رقّه عليهم بشهادتهما المرجوع عنها فإن أخذوا القيمة ثمّ عتقوا تمام الثانى لأنّه ثلث التركة و إلّا كان أعسر الشاهدان كان الأوّل تالفاً من التركة و عتق من الثانى ثلث الباقى منها.

و إن تأخّر تاريخ شهادة الأوّلين عن تاريخ شهادة الثانيين بطل عتق المحكوم بعتقه لقيام الحجّة الشرعيّة بما ينافيه من غير معارض لها و لم يغرما شيئاً كذّبا أنفسهما أم لا.

و لو كانتا أى البيّنتان مطلقتين أو إحداهما أو اتّفق التاريخان أُقرع لحصول العلم بما اتّفقا عليه من عتق عبد هو ثلث، و الإبهام فى عينه لتعارضهما إذ لا عبرة برجوعهما فى حقّ الغير و هو العبد الأوّل، و لا مخلّص إلّا بالقرعة، و لا بدّ من أن يراد باتّفاق التاريخين الاتّفاق عرفاً، فإنّه مع الاتّفاق حقيقة يثبت وقوع العتق عليهما معاً فى آن و هو يستلزم عتق نصف كلّ منهما بلا قرعة، إلّا أن يقال بالسراية فتجرى القرعة كما احتمله فيما إذا أعتق ثلث كلّ واحد من ثلاثة أعبد لا مال له سواهم.

و إذا أُقرع فإن خرجت على الثانى عتق و بطل عتق الأوّل لقيام الحجّة بما ينافيه إلّا أن يكذّب الورثة شهادة الأخيرين بالتقريب الآتى

و لا غرم على الأوّلين، و هو ظاهر، و لا على الثانيين و إن كذّبوهما، إذ لا بيّنة لهم على الإتلاف بغير حقّ، و لأنّه يحكم بعتق الثانى مع التكذيب و إن خرجت على الأوّل عتق أى ظهر صحّة عتقه.

ثمّ الورثة إن كذّبوا الأوّلين فى شهادتهما عتق الثانى إن لم يكذّبوا الأخيرين أيضاً، لأنّ تكذيبهم مع حصول العلم بعتق عبد هو ثلث بمنزلة الاعتراف بعتق الثانى للانحصار فيهما و رجعوا على الشاهدين بقيمة الأوّل لتفويت الشاهدين رقّه بغير حقّ باعترافهما و إن كذّبوهما فى رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشي‌ء لاعترافهم بأنّهما لم يفوّتا عليهم بغير حقّ.

[الخاتمة: فى كيفيّة القرعة و فيها ستة فروض]

اشارة

خاتمة فى كيفيّة القرعة إذا احتيج إليها إذا أعتق ثلث عبيده و لم يعيّن أو أعتقهم أجمع مريضاً أو أوصى به و لا مال له غيرهم احتيج إلى القرعة، و تختلف الكيفيّة باختلاف الفروض فالفروض ستّة:

[الفرض الأول]

الأوّل: أن يكون لهم ثلث صحيح عدداً و قيمة كثلاثة أو ستّة أو تسعة و قيمتهم واحدة و لا مال له سواهم فيقسّمون ثلاثة أقسام متساوية عدداً و قيمة قسماً للحرّية و آخرين للرقّية و يكتب ثلاث رقاع فى واحدة حرّية و فى آخرين رقّية و يستر الرقاع ثمّ يقال لرجل لم يحضر أو كان فى حكمه من عدم العلم بالحال و كونه أميناً أخرج على اسم هذا القسم، فإن خرجت رقعة الحرّية عتق، و إن خرجت رقعة الرقّ رقّ و أُخرجت اخرى على اسم «١» آخر، فإن خرجت رقعة الحرّية عتق و رقّ الثالث، و إن خرجت رقعة الرقّ عتق الثالث قطعاً أو يكتب اسم كلّ قسم واحداً أو أكثر فى رقعة ثمّ يخرج رقعة على الحرّية فيعتق المسمّون فيها و يرقّ الباقيان، و إن اخرج على الرقّية جاز و رقّ المسمّون فيها ثمّ يخرج اخرى على الرقّ فيرقّ المسمّون فيها و يعتق الثالث، و إن أخرج الأُولى

---

(١) فى ق و ن: «قسم».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٤٠٦

على الرقّية و الثانية على الحرّية جاز أيضاً و عتق المسمّون فيها و رقّ الثالث لكنّهما يشتملان على ما لا حاجة إليه، و الأولى إفراد كلّ واحد برقعة كما سيأتى

[الفرض الثانى]

الثانى: يمكن قسمتهم أثلاثاً عدداً و قيمة و قيمتهم مختلفة لكن يمكن التعديل فيها كستّة قيمة كلّ واحد من اثنين منهم ثلاثة آلاف و قيمة كلّ واحد من الآخرين ألفان و قيمة كلّ من الباقيين ألف فتكون التركة اثنى عشر، و يمكن أن يجعل كلّ عبدين ثلث التركة بالقيمة فيجعل الأوسطين جزء إذ قيمتهما أربعة آلاف، هى الثلث و واحداً من الأوّلين و آخر من الآخرين جزء، و كذا يجعل الجزء الثالث الآخر من الأوّليين و آخر من الآخرين و يعتمد القرعة كما تقدّم من أحد الوجهين.

[الفرض الثالث]

الثالث: أن يكون عددهم إذا قسّموا أثلاثاً متساوياً و لكن قيمتهم مختلفة، و لا يمكن الجمع بين تعديلهم فى العدد و القيمة معاً، بل إنّما يمكن التعديل بكلّ منهما أى العدد و القيمة منفرداً كأن يكونوا ستّة و يكون قيمة أحدهم ألفاً و قيمة آخرين ألفاً و قيمة ثلاثة ألفاً و إنّما يعتبر التعديل بالقيمة لا بالعدد فإنّ العبرة بثلث التركة قيمة، خلافاً لبعض العامّة فاعتبر العدد فى التعديل لكن يوافقنا فى أنّه لا يعتق إلّا الثلث قيمة فيجعل الّذى قيمته قيمة ألف جزء و اللذين قيمتهما ألف جزء و الثلاثة الأخر جزء ثمّ يقرع كما تقدّم من الوجهين.

[الفرض الرابع]

الرابع: أن يمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة أحدهم ألف و قيمة اثنين ألف و قيمة أربعة ألف فيعدلون بالقيمة أيضاً و يقرع بأحد الوجهين.

[الفرض الخامس]

الخامس: أن يمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كستّة قيمة اثنين ألف تساوت قيمتهما أم لا، و كذا الباقى، لكن مع الاختلاف يجب أن لا يتحقق فيهم اثنان قيمتهما ألف إلّا مرّة، و كذا الباقيان و قيمة اثنين سبعمائة و قيمة اثنين خمسمائة فيقسّمهم أثلاثاً بالعدد على وجه يتقاربون فى القيمة

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٠٧

فيجعل كلّ اثنين يقارب القسمين الباقيين قيمة قسماً فيجعل المتوسّطين اللذين قيمتهما سبعمائة جزءً و واحداً من الأقلّ مع واحد من الأرفع جزء و يقرع كما تقدّم فإذا خرجت الحرّية على جزء قيمته أكثر من الثلث كغير المتوسّطين أُعيدت القرعة بينهما فيعتق من يخرجه بتمامه و من الآخر تتمّة الثلث لا كلّه فإن خرجت على جزء قيمته أقلّ من الثلث عتقا و أكمل الثلث من الجزءين الباقيين بالقرعة المشتملة على الحرّية يخرج باسم واحد.

[الفرض السادس]

السادس: أن لا يمكن تعديلهم لا بالعدد و لا بالقيمة كخمسة قيمة واحد منهم ألف و قيمة اثنين ألف أحدهما ثلاثمائة مثلًا و الآخر سبعمائة و قيمة اثنين ثلاثة آلاف قيمة أحدهما ألف و ثمانمائة مثلًا و الآخر ألف و مائتان.

فيحتمل تجزئتهم ثلاثة أجزاء الأكثر قيمة و هو الواحد الّذى قيمته ألف و ثمانمائة جزءً و يضمّ إلى الثانى و هو ما قيمته ألف و مائتان أقلّ الاثنين الباقيين اللذين قيمتهما ألف قيمة و هو ما قيمته ثلاثمائة و تجعلهما جزءً و الباقيين و هو ما قيمته سبعمائة و ما قيمته ألف جزءً فجزء واحد قيمته ألف و ثمانمائة، و آخر اثنان قيمتهما ألف و خمسمائة، و آخر اثنان قيمتهما ألف و سبعمائة ثمّ يقرع بسهم حرّية و سهم رقّ و يعدل الثلث بالقيمة كما تقدّم من أنّه إن خرجت القرعة على جزء قيمته أقلّ من الثلث عتق جميعه و أكمل الثلث من الجزءين الباقيين بإخراج قرعة الحرّية باسم واحد، و إن خرجت على ما قيمته أكثر فإن كان واحداً كما فرضناه عتق منه بقدر الثلث، و إن تعدّد أقرع ثانياً بينهما فمن خرج عتق بتمامه مع جزء من الآخر.

و يحتمل عدم التجزئة بل يخرج القرعة على واحد واحد حتّى يستوفى الثلث من واحد أو أكثر فيكتب خمس رقاع بأسمائهم ثمّ يخرج على الحرّية أو خمس رقاع اثنتان بالحرّية و ثلاث بالرقّ و يخرج على

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٠٨

أسمائهم فإن كان الخارج باسمه أو على اسمه بقدر الثلث عتق و إن زاد عليه عتق بقدره و استسعى فى الباقى، و إن نقص عنه عتق و أكمل من البواقى بقدر الثلث بالقرعة، و الأقرب عندى استعمال الأخير فى جميع الفروض لأنّه أقرب إلى التعيين فإنّه إذا جمع اثنان فصاعداً فى قرعة احتمل عتق واحد دون الباقى، و لا يندفع إلّا بالإقرار، و حينئذٍ أمكن فى الثانى أن ينعتق ثلاثة منهم، و لا يندفع هذا الوجه فى الثالث و الرابع بأنّه يجوز أن يتبعّض العبد، بخلاف الوجه الأوّل فإنّه يوجب العتق تامّاً، إذ لا دليل على الترجيح من هذه الجهة، و لا بما روى: أنّ أنصارياً أعتق ستّة لا مال له سواهم فجزّأهم النبىّ (صلّى اللّه عليه و آله) ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين «۱» لضعف الخبر، و عدم تعيينه للإقراع كذلك.

و لو كان له مال غير العبيد يكون ضعف قيمة العبيد أو أكثر عتقوا و إن كان أقلّ من الضعف عتق قدر ثلث المال من العبيد، فإذا

كان العبيد نصف المال عتق ثلثاهم، و إن كانوا ثلثيه عتق نصفهم، و إن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أتساعهم فإنّا نبسط المال أثلاثاً يكون اثنا عشر، ثلاثة منها غير العبيد و العتق معتبر فى ثلثها و هو أربعة من الاثنى عشر جزء من تمام المال، و من تسعة من العبيد.

و طريقه أى الضابط لما يعتق منهم إذا كان له مال سواهم أن تضرب قيمة العبيد فى ثلاثة لكون المقصود هو الثلث ثمّ ينسب إليه أى إلى الحاصل مبلغ التركة، فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها، فلو كانت قيمتهم ألفاً و الباقى ألف ضربت قيمة العبيد فى ثلاثة يكون ثلاثة آلاف ثمّ ينسب إليها الألفين فيكون ثلثيها، فيعتق من العبد الثلثان و هو ثلث التركة.

و لو كانت قيمتهم ثلاثة آلاف و الباقى ألف ضربنا قيمتهم فى ثلاثة تصير تسعة آلاف و ينسب إليها التركة أجمع و هى أربعة آلاف فيكون أربعة أتساعها فيعتق أربعة أتساعهم و هى ثلث التركة الّتى هى اثنا عشر.

---

(١) سنن البيهقى: ج ١٠ ص ٢٨٥.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٠٩

و لو كانت قيمتهم أربعة آلاف و الباقى ألف عتق ربعهم و سدسهم فإنّا نضرب الأربعة فى الثلاثة يكون اثنا عشر و ينسب إليها الخمسة يكون ربعها و سدسها.

و لو لم يكن له مال سواهم و كان عليه دين بقدر نصفهم مثلًا قسّموا نصفين و كتب رقعتان رقعة للدين و رقعة للتركة أو رقعتان للنصفين و يخرج على الدين، و الأولى أن يكتب رقاع بعددهم فيخرج على الدين واحد واحد حتّى يستوفى فيباع من يخرج للدين و يبقى الباقى جميع التركة و إن استلزم ذلك تشطير عبد يضرّ بالورثة أو يوجب نقص قيمته اختير للدين غيره بلا قرعة إن انحصر، و إلّا فبالقرعة، و إذا تعيّن الباقى تركة يعتق ثلثهم بالقرعة كما تقدّم.

و لا يجوز القرعة بما فيه خطر أى خوف تلف أى بأمر غير مضبوط مثل إن طار غراب ففلان يتعيّن للحرّية لعدم ورود الشرع بمثل ذلك. نعم يحتمل جوازها بنحو النوى و الحصى للضبط، و الخبر بأنّه (عليه السّلام) أقرع بالبعر مرّة و بالنوى اخرى «١» لكن الأحوط بالكتابة فى رقاع، و ينبغى أن يتساوى و أن يجعل فى بنادق و أن يغطى بثوب زيادة فى الإبهام و بعداً عن التهمة.

[المطلب الرابع فى الولاء و فيه ثلاث مباحث]

اشارة

المطلب الرابع فى الولاء و مباحثه ثلاثة:

[المبحث الأوّل: فى سببه]

الأوّل: فى سببه و سببه التبرّع بالعتق بالنصّ كقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر إسماعيل بن الفضل: إذا أعتق للّه فهو مولى للّذى أعتقه «٢». و الإجماع كما فى الانتصار و الغنية و السرائر إذا لم يتبرّأ من ضمان الجريرة و إن كان العتق بعد الموت كالتدبير، فلو لم يتبرّع بل أعتق فى واجب كالنذر و الكفّارة و الكتابة

(١) لم نعثر عليه.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٣٩ ب ٣۶ من أعتق و جعل ... ح ١.

و شراء العبد نفسه و الاستيلاد على رأى وفاقاً لابن إدريس و العتق بعوض من العتيق أو غيره كأن يعتقه و يشترط عليه مالًا أو قيل له: أعتق عبدك و لك عليَّ كذا و عتق القرابة على رأى وفاقاً لابن إدريس و ابن الجنيد سقط و يدلّ على السقوط فى العتق فى كفّارة أو نذر مع الأصل و الإجماع كما فى الانتصار و الغنية النصوص، كقول الباقر (عليه السّلام) لعمّار بن أبى الأحوص: انظر فى القرآن فما كان فيه تحرير رقبة فذلك، يا عمّار السائبة الّتى لا ولاء لأحد من المسلمين عليه إلّا اللّه عزّ و جلّ، فما كان ولاؤه للّه عزّ و جلّ فهو لرسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله)، و ما كان لرسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) فإنّ ولاءه للإمام و جنايته على الإمام و ميراثه له «١» و لبريد بن معاوية فى الصحيح: إن كانت الرقبة الّتى كانت على أبيه فى نذر أو شكر أو كانت واجبة عليه فإنّ المعتق سائبة لا سبيل لأحد عليه «٢» و أمّا صحيح أبى بصير سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يعتق الرجل فى كفّارة يمين أو ظهار لمن يكون الولاء؟ قال: للّذى يعتق «٣». فيحتمل البناء للمفعول أى له يضعه حيث يشاء.

و أمّا السقوط عن المكاتب فلانتفاء التبرّع، بل هو بمنزلة شراء «۴» نفسه، و لحسن ابن أبى عمير أرسله عن الصادق (عليه السّلام): فى رجل كاتب مملوكة و اشترط عليها أنّ ميراثها له، فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فأبطل شرطه و قال: شرط اللّه قبل شرطك «۵».

و فى الخلاف و الإيجاز و المبسوط و السرائر و الوسيلة و الغنية و الجامع و الإصباح و التحرير: ثبوته مع الشرط، و نفى عنه الخلاف فى السرائر، و يدلّ عليه مرسل أبان سأل الصادق (عليه السّلام) عن المكاتب فقال: يجوز عليه ما اشترطت عليه «۶».

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۴٨ ب ۴٣ أنّ المعتق واجباً سائبة .. ح ١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۴۵ ب ۴٠ أنّ المعتق إذا مات .. ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۴٩ ب ۴٣ أن المعتق واجباً .. ح ۵.
(۴) فى ق و ن: «شرائه».
(۵) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٩٧ ب ١۵ أنّ من شرط ميراث .. ح ١.
(۶) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٨۶ ب ۴ أنّ المكاتب المطلق .. ح ۴.

و قول الباقر (عليه السّلام) فى حسن محمّد بن قيس: إن اشترط السيّد ولاء المكاتب فأقرّ الّذى كوتب فله ولاؤه «١». و فى صحيحه: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى مكاتب اشترط عليه ولاؤه إذا أعتق فنكح وليدة لرجل آخر فولدت له ولداً فحرّر ولده ثمّ توفّى المكاتب فورثه ولده فاختلفوا فى ولده من يرثه؟ قال: فألحق ولده بموالى أبيه «٢». و فى خبر ابن سنان: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فيمن كاتب عبداً أن يشترط ولاؤه إذا كاتبه «٣». و يجوز أن يكون ما تقدّم من إبطال الشرط لوجود قريب يرثه.

و أمّا السقوط إذا اشترى العبد نفسه فللأصل، و انتفاء التبرّع.

و فى المبسوط و الخلاف و الوسيلة و الجامع: ثبوته مع الشرط؛ لعموم المؤمنون عند شروطهم، و كونه كالمكاتبة مع الشرط.

و أمّا عن أَمّ الولد فلانعتاقها بعد المولى من نصيب الولد وجوباً مع نصّ الأخبار بأنّ الولاء لمن أعتق «۴» و أنّ المعتق هو المولى «۵».

و فى المبسوط و الوسيلة: ثبوته عليها.

و أمّا فى العتق بعوض فللأصل مع انتفاء التبرّع.

و أمّا فى تملّک من ينعتق عليه فلذلک، و لقولهم (عليهم السّلام): الولاء لمن أعتق «۶».

و فى المبسوط و الوسيلة: ثبوته؛ لعموم الخبر، فإنّ اختيار التملّک إعتاق، و فيه أنّه خلاف المتبادر مع أنّه قد لا يكون التملّک بالاختيار إلّا أن يستثنى. و لخبر سماعة عن الصادق (عليه السّلام): يملک ذا رحمه هل يصلح له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه و لا يتّخذه عبداً و هو مولاه و أخوه فى الدين، و أيّهما مات

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۷ ب ۱۶ حكم ولاء .. ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۸ ب ۱۶ حكم ولاء .. ح ۲.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۹ ب ۴۳ أنّ المعتق واجباً .. ح ۳.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۳۸ ب ۳۵ أنّ الميراث و الولاء ..

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۱ ب ۳۸ أنّ ولاء الولد ..

(۶) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۳۸ ب ۳۵ أنّ الميراث و الولاء ..

ورثه صاحبه، إلّا أن يكون له وارث أقرب إليه منه «۱». و هو مع الضعف يحتمل الولاية و الإرث للقرابة، و كون ذى الرحم ممّن لا ينعتق عليه و عدم الصلاحية على الكراهية.

و كذا يسقط الولاء لو تبرّع بالعتق و شرط فى الصيغة كما فى النهاية و السرائر و التحرير سقوط ضمان الجريرة بالإجماع كما فى الخلاف و النصوص، ففى الصحيح عن أبى بصير أنّه سأل الصادق (عليه السّلام) عن المملوک يعتق سائبة، قال: يتولّى من شاء و على من تولّى جريرته و له ميراثه، قيل: فإن سكت حتّى يموت و لم يترک أحداً، قال: يجعل ماله فى بيت مال المسلمين «۲».

و الأقرب وفاقاً لإطلاق الخلاف و المبسوط أنّه لا يشترط فى سقوطه الإشهاد بالبراءة للأصل، و خلافاً للنهاية و السرائر و الجامع، لقول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح ابن سنان: من أعتق رجلًا سائبة فليس عليه من جريرته شى‌ء، و ليس له من الميراث شى‌ء و ليشهد على ذلک «۳» و خبر أبى الربيع أنّه سأل (عليه السّلام) عن السائبة، فقال: الرجل يعتق غلامه و يقول: اذهب حيث شئت ليس لى من ميراثک شى‌ء و لا علىّ من جريرتک شى‌ء، و يشهد على ذلک شاهدين «۴». و غايتهما الأمر بالإشهاد، و دخوله فى الثانى فى تعريف السائبة ممنوع.

و لو نكّل به فانعتق بالتنكيل فلا ولاء له بلا خلاف، للأصل و الانعتاق قهراً، و قول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح أبى بصير: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فيمن نكّل بمملوكه أنّه حرّ لا سبيل له عليه سائبة يذهب فيتولّى إلى من أحبّ، فإذا ضمن حدثه فهو يرثه «۵».

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۱۶ ب ۱۳ كراهة تملك ذوى الأرحام .. ح ۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۶ ب ۴۱ أنّ المعتق سائبة .. ذيل ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۶ ب ۴۱ أنّ المعتق سائبة .. ح ۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۸ ب ۴۳ أنّ المعتق واجباً .. ح ۲.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۲۶ ب ۲۲ أنّ المملوك إذا مثل به .. ح ۲.

و حقيقة الولاء كما روى عنه (عليه السّلام) لحمة كلحمة النسب فى المخالطة و التسبّب للإرث، و أنّه لا يباع و لا يوهب «۱» و لعلّ السر المشابهة بالنسب «۲» للوجود «۳» فإنّ المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه كالأب، و الأصحاب و الأخبار «۴» ناطقة بأنّ المولى إمّا المعتق أو معتق الأب و إن علا أو معتق الامّ و إن علت. فعن الصادق (عليه السّلام) فى صحيح العيص: ولاء ولده لمن أعتقه «۵». و قوله (عليه السّلام) لعمّة الحسن بن مسلم: إنّما المولى الّذى جرت عليه النعمة، فإذا جرت على أبيه و جدّه فهو ابن عمّك و أخوك «۶» محمول على الإطلاق عرفاً لا الحكم الشرعى. و كذا قوله فى خبر حذيفة بن منصور: المعتق هو المولى و الولد ينتمى إلى من شاء «۷». أو معتق المعتق و هكذا كما يقتضيه شبهه بالنسب.

ثمّ إنّه يسرى الولاء إلى أولاد المعتق أو المعتقة إلّا أن يكون فيهم حرّ الأصل، بأن يسلم قبل أن يسبى دون أبويه فسبيا أو أحدهما فيعتقا، أو يكون فيهم من مسّه الرقّ فلا ولاء عليه أصلًا من جهة إعتاق الأب أو الأُمّ، بل من جهة إعتاقه فلا ولاء عليه إلّا لمعتقه أو عصبات معتقه فإنّه كالنسب، فالمعتق كالأب، و معتق الأب كالجدّ، و الأب أولى. و بعبارة اخرى المعتق أعظم نعمة عليه من معتق الأب أو كان فيهم من أبوه حرّ أصلى ما مسّ الرقّ أباه أصلًا، و إن مسّ الرقّ امّه فإنّ عتق الجدّ لا يؤثّر فيه؛ لانقطاع السبب من الأب مع أنّ الانتساب إليه فلا عبرة برقّ الامّ، و لتغليب الحرّية، و أصالة عدم الولاء، و لأنّه إذا اجتمع مولى الأب و مولى الامّ قدّم مولى الأب، فابتداء حرّيته يمنع الولاء لمولى الأُمّ فالاستدامة أولى لكونها أقوى. و للعامّة قول بثبوت الولاء إن كان الأب أعجميّاً، و آخر إن كان ذمّيا، و آخر إن جهل نسبه.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۷ ب ۴۲ أنّه لا يصحّ بيع الولاء .. ح ۲.

(۲) فى ن: «للتسبب».

(۳) فى ق و ن: «فى الوجود».

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۱ ب ۳۸ أنّ ولاء الولد لمن أعتق ..

(۵) المصدر السابق: ح ۱.

(۶) المصدر السابق: ص ۴۲ ح ۹.

(۷) المصدر السابق: ح ۷.

و كذا لو كانت امّه حرّة أصلية و إن مسّ الرقّ أباه؛ للأصل، و تغليب الحرّية، و نحو صحيح العيص سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل اشترى عبداً و له أولاد من امرأة حرّة فأعتقه، قال: ولاء ولده لمن أعتقه «۱» محمول على المعتقة. و قد يحتمل هنا الثبوت؛ لاعتبار الأب فى النسب.

و لو تزوّج المملوك بمعتقه فأولدها فالولاء لمولى الامّ ما دام الأب رقّاً تبعا لأشرف الأبوين، فإن أعتق انجرّ إليه من مولى الامّ و لو كان الأب حرّا فى الأصل فلا ولاء لأحد على الأولاد و لذلك يثبت الولاء مع اختلاف دين السيّد و عتيقه من غير خلاف يظهر، لعموم الأدلّة، لكن إرث الكافر من المسلم مراعى بإسلامه إن سوّغنا عتق الكافر و يثبت للذكر على الأنثى و بالعكس

للعموم [و خصوص نحو قوله (عليه السّلام) لعائشة: أعتقى فإنّ الولاء لمن أعتق] «٢» «٣».

و لو سوّغنا عتق الكافر فأعتق حربىّ مثله ثبت الولاء فإن جاء المعتق إلينا مسلماً فالولاء بحاله لما عرفت من ثبوته مع الاختلاف فى الدين، لكن الإرث مراعى بالإسلام فإن سبى السيّد بعد ذلك و أعتق فعليه الولاء لمعتقه و له الولاء على معتقه الّذى فرضناه قطعاً.

و هل يثبت لمولى السيّد ولاء على معتقه ذلك؟ الأقرب ذلك، لأنّه مولى مولاه فيشمله عموم ما دلّ على ولاية مولى المولى.

و يحتمل عدمه، لأنّه لم يحصل منه أى مولى السيّد إنعام عليه أى معتقه و لا سبب لذلك أى للإنعام عليه، فإنّه إنّما أعتقه قبل السبى فإن كان الّذى أعتقه أى السيّد مولاه أى عتيقه فكلّ منهما مولى صاحبه و إن أسره أى السيّد مولاه أى عتيقه و أجنبىّ و أعتقاه فولاؤه بينهما

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۴١ ب ٣٨ أنّ ولاء الولد لمن أعتق ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٣٨ ب ٣۵ أنّ الميراث و الولاء .. ح ٢.

(٣) ما بين المعقوفين ليس فى ق و ن.

نصفان، فإن مات بعده أى بعد ما أعتقاه المعتق الأوّل الّذى أعتقه السيد فى كفره فلشريكه فى إعتاق السيّد و هو الأجنبىّ نصف ماله، لأنّه مولى نصف مولاه على إشكال كما تقدّم، من كونه مولى نصف المولى، و من عدم الإنعام و التسبّب.

و لو سبى المعتق بالفتح فاشتراه رجل فأعتقه أو أعتقه السابى بطل ولاء الأوّل بالاسترقاق و صار الولاء للثانى لإنعامه عليه، و لا يعود الأوّل؛ للأصل، مع عدم عصمته لكفر المولى.

و كذا لو أعتق ذمّى كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترقّ بطل ولاؤه، فإن أعتق ثانياً ثبت للثانى.

أمّا لو أعتق مسلم كافراً و سوّغناه أو مسلماً فكفر فهرب إلى دار الحرب و سبى فالأقرب جواز استرقاقه لأنّه حربىّ فى دار الحرب أسره مسلم. و يحتمل العدم؛ لثبوت الولاء عليه لمسلم و ينافيه تملّك غيره.

فإن جوّزناه فاسترقّ و أعتق احتمل ثبوت الولاء للثانى لتأخّره مع زواله للأوّل بالاسترقاق فلا يعود.

و يحتمل ثبوته للأوّل لثبوته له أوّلًا و هو معصوم لكونه حقّ مسلم فلا يزول بالاستيلاء على العتيق، و إنّما يكون الاستيلاء مانعاً من ظهور أثره إن مات الرقيق على الرقّ، فإذا زال الرقّ عاد التأثير.

و يحتمل ثبوته بينهما؛ لعدم الأولويّة لإسلامهما، و إنعامهما عليه، و عموم الأدلّة لهما.

و لو اشترى عبداً بشرط العتق فى ضمن البيع فلا ولاء لمعتقه لوجوبه عليه كما فى المبسوط على إشكال من عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم. و من الأصل، و أنّه من شرط ما ينافى مقتضى العقد و هو التملّك فهو بمنزلة شرط الطلاق فى عقد النكاح.

و لا إشكال فى أنّه لا ولاء لو أعتق هذا العبد فى زكاة أو كفّارة أو نذر، إذ لا شبهة حينئذٍ فى الوجوب.

و لو ملك ولده من الزنا فالأقرب عدم استقرار الرقّ عليه؛ لصدق الولد عليه لغة، و انتفاء العلم بالنقل إلى من تولّد من غير الزنا مع تغليب الحرّية، و ورود بعض الأخبار «١» بثبوت الإرث بين مسلم فجر بنصرانية فأولدها أو نصرانى فجر بمسلمة فأولدها و بين الولد. و الأظهر الاستقرار؛ للأصل، و تبادر غيره من الولد إذا أطلق فى الشرع. و على الرقّ فإن أعتقه تبرّعاً فله ولاؤه و لو أعتق

عبده فی کفّارة غیره و لو من غیر إذنه حیّاً أو میّتاً، تعیّن علیه أم لا- فلا ولاء لأحد منهما؛ لصدق العتق فی کفّارة و التبرّع إنّما حصل بالنسبة إلی المعتق عنه. و کلام الشیخ فی الخلاف و المبسوط یعطی ثبوت الولاء علیه للمعتق، إلّا إذا أعتق عن مورثه.

و لو أعتقه تبرّعاً عنه بإذنه فالولاء للآذن إن تبرّع بالعتق سواء کان عتقه عنه بعوض أو لا فإنّه المعتق تبرّعاً، و المولی وکیله فی الإیقاع. و للعامّة قول بأنّه إن کان بلا عوض فالعتق عن السیّد و له الولاء.

و لو قال للسیّد أعتقه عنک و الثمن علیّ فأعتقه فالولاء للسید علی إشکال من انتفاء التبرّع بالعتق، و من أنّ الجعل علیه لا یوجبه فیکون تبرعاً و علیه الثمن لأنّه جعالة علی ما فعله.

و لو أوصی بالعتق تبرّعاً فالولاء له لأنّه المعتق، و فی الحسن عن برید العجلی أنّه سأل الباقر (علیه السّلام) عن رجل کان علیه عتق رقبة فمات من قبل أن یعتق فانطلق ابنه فابتاع رجلًا من کیسه فأعتقه عن أبیه و أنّ المعتق أصاب بعد ذلک مالًا ثمّ مات و ترکه لمن یکون میراثه؟ فقال: إن کانت الرقبة الّتی کانت علی أبیه فی ظهار أو شکر أو واجبة علیه فإنّ المعتق سائبة لا سبیل لأحد علیه، قال: و إن کانت الرقبة الّتی علی أبیه تطوّعاً و قد کان أبوه أمره أن یعتق عنه نسمة فإنّ ولاء المعتق هو میراث لجمیع ولد المیّت من الرجال، قال: و یکون الّذی اشتراه فأعتقه کواحد من الورثة إذا لم یکن للمعتق قرابة من المسلمین أحرار یرثونه، قال: و إن کان ابنه

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۷، ص ۵۶۶ ب ۸ من أبواب میراث ولد الملاعنة و ما أشبهه.

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج‌۸، ص: ۴۱۷

الّذی اشتراه الرقبة فأعتقها عن أبیه من ماله بعد موت أبیه تطوّعاً منه من غیر أن یکون أمره بذلک فإنّ ولاءه و میراثه للّذی اشتراه من ماله فأعتقه عن أبیه إذا لم یکن للمعتق وارث من قرابته «۱».

و لا- یثبت الولاء- بالالتقاط إجماعاً إلّا من عمر بن الخطّاب کما فی المبسوط و الخلاف و لا بالإسلام علی یده إجماعاً إلّا من إسحاق کما فی المبسوط و الخلاف. و اختار المحقّق الطوسی قول إسحاق. و یؤیّده خبر السکونی عن الصادق (علیه السّلام) قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السّلام): بعثنی رسول اللّه (صلّی اللّه علیه و آله) فقال لی: لا تقاتلنّ أحداً حتّی تدعوه، و أیم اللّه لأن یهدی اللّه علی یدیک رجلًا خیر لک ممّا طلعت علیه الشمس و غربت و لک ولاؤه یا علیّ «۲». و هو مع الضعف یحتمل الاختصاص بمن لا وارث له إلّا الإمام.

[المبحث الثانی]

البحث الثانی: فی حکم الولاء أی أثره.

و حکم الولاء العصوبة أی جعل المولی و قرابته عصبة للعتیق فیفید لهم المیراث و تحمل علیهم العقل کما فی النسب، فالمیراث به لمن علیه العقل.

و کذا لا یثبت الولاء لامرأة علی رأی وفاقاً للمقنعة و النهایة و الإیجاز و الغنیة و الوسیلة و الإصباح و الجامع لصحیح محمّد بن قیس: أنّ الباقر (علیه السّلام) قضی فی رجل حرّر رجلًا فاشترط ولاءه فتوفّی الّذی أعتق و لیس له ولد إلّا النساء ثمّ توفّی المولی و ترک مالًا و له عصبة فأعتق فی میراثه بنات مولاه و العصبة فقضی بمیراثه للعصبة الّذین یعقلون عنه إذا أحدث حدثاً یکون فیه عقل «۳». و ما تقدّم آنفاً من قوله فی حسن برید: فإنّ ولاء المعتق میراث لجمیع ولد المیّت من الرجال «۴».

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۵ ب ۴۰ أنّ المعتق إذا مات .. ح ۲.

(۲) نوادر الراوندی: ص ۲۰.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۴ ب ۴۰ أنّ المعتق إذا مات ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۵ ب ۴۰ أنّ المعتق إذا مات .. ح ۲.

و خلافاً للصدوق و الحسن و ابن إدريس لكونه لحمة كلحمة النسب. و قول الصادق (عليه السّلام) فی خبر عبد الرحمن بن الحجّاج: مات مولى لحمزة بن عبد المطّلب فدفع النبیّ (صلّى اللّه عليه و آله) ميراثه إلى بنت حمزة «۱».

و على الأوّل لا ترث امرأة بالولاء إلّا إذا باشرت العتق فلها الولاء عليه أی العتيق و على أولاده و أحفاده و عتيقه و عتيق عتيقه فنازلًا كالرجل لعموم الأدلّة، و انتفاء الفارق، و الاشتراك فی النعمة، و كونه كالنسب.

و لا يصحّ بيع الولاء و لا هبته اتّفاقاً للأصل، و الأخبار كقوله (عليه السّلام): الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب «۲». و خبر علیّ بن جعفر سأل أخاه (عليه السّلام) عن بيع الولاء يحلّ؟ قال: لا يحلّ «۳».

و أمّا خبر داود الصرمی «قال: قال الطيّب (عليه السّلام): يا داود إنّ الناس كلّهم موالٍ لنا فيحلّ لنا أن نشتری و نعتق، فقلت جعلت فداك: إنّ فلاناً قال لغلام له قد أعتقه: يعنی نفسك حتّى أشتريك، قال: يجوز و لكن يشتری ولاءه» «۴»» فيحمل الولاء على ولاء ضمان الجريرة، و العتق على الّذی لا يستعقب الولاء، و الشراء على اشتراطه.

و عن ابن المسيّب و عروة و علقمة إجازة بيعه وهبته.

و لا يصحّ اشتراطه فی بيع و غيره لكونه كالنسب. و فی صحيح العيص عن الصادق (عليه السّلام) قال: قالت عائشة لرسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله): إنّ أهل بريرة اشترطوا ولاءها، فقال رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله): الولاء لمن أعتق «۵». و عن عائشة: أنّ بريرة أتتها تستعينها فی مال الكتابة، فقالت: إن باعوك على أنّ الولاء لی صببت لهم

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۷ ص ۵۴۰ ب ۱ من أبواب ميراث ولاء العتق ح ۱۰.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۷ ب ۴۲ أنّه لا يصحّ بيع الولاء و .. ح ۲.

(۳) المصدر السابق: ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۷ ب ۴۲ أنّه لا يصحّ بيع الولاء و .. ح ۳.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۰ ب ۳۷ أنّ البائع لو شرط .. ح ۱.

المال صبّاً فأبوا إلّا أن يكون الولاء لهم، فأخبرت بذلك النبیّ (صلّى اللّه عليه و آله) فقال: اشتری و اشترطی لهم الولاء، ففعلت فصعد النبیّ (صلّى اللّه عليه و آله) المنبر فقال: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فی كتاب اللّه كلّ شرط ليس فی كتاب اللّه باطل «۱».

و هل ينتقل عن المعتق إلى ورثته بموته و يورث حتّى إذا كان له ابنان فمات و خلّفهما ثمّ مات أحدهما عن ولد و بقی الآخر فهل يشارك ولد الولد الابن الباقی فی ميراث العتيق؟ إشكال ينشأ من قوله (صلّى اللّه عليه و آله): الولاء لمن أعتق «۲» و قوله (صلّى اللّه عليه و آله): الولاء لحمة كلحمة النسب «۳» فلا يورث كما أنّ النسب لا يورث، و هو خيرة أبی علیّ و الشيخ فی

الإيجاز و الخلاف و حكى فيه الإجماع و المبسوط و نفى فيه الخلاف. و من أنّه حقّ ثبت للمورّث، فيورث كسائر الحقوق. و قول الباقر (عليه السّلام) فيما مرّ من حسن العجلى: فإنّ ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميّت من الرجال «۴». و ربّما يظهر من إطلاق بعض العبارات كعبارة الشرائع. و الأقرب العدم لما عرفت من منع كلّية الكبرى فى دليل الثانى، و احتمال الخبر إرادة الانتقال كالميراث.

نعم يورث به إجماعاً أى يرث كلّ من ثبت له الولاء بنفسه أو بواسطة.

و لو كان المعتق جماعة فالولاء بينهم بالحصص أى بما لكلّ من الحصّة فى العتيق رجالًا كانوا أو نساءً أو بالتفريق لأنّه يتبع الانعام التابع للحصص. و فى الفقيه: أنّه إن ترك موالى رجالًا و نساء فالمال بينهم للذكر مثل حظّ الأُنثيين «۵».

و لا يرث المنعم فضلًا عمّن يرث بسببه إلّا مع فقد كلّ نسب للمعتق بالفتح.

---

(۱) سنن البيهقى: ج ۱۰ ص ۲۹۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۰ ب ۳۷ أنّ البائع لو شرط .. ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۷ ب ۴۲ أنّه لا يصحّ بيع الولاء ح ۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۵ ب ۴۰ أنّ المعتق إذا مات .. ح ۲.

(۵) من لا يحضره الفقيه: ج ۴ ص ۳۰۵.

فلو خلّف العتيق وارثاً بعيداً ذا فرض أو غيره لم يكن للمنعم شيء للإجماع و النصوص «۱» و منها قوله تعالى: «وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ» «۲» و يأخذ الزوج و الزوجة نصيبهما الأعلى و هو النصف و الربع و الباقى للمنعم أو من بحكمه مع فقد كلّ نسب كما أنّه مع وجود نسيب غير الولد يحوزان النصيب الأعلى و الباقى للنسيب.

و لو عدم النسيب و المنعم قيل فى الفقيه و السرائر يكون الولاء للأولاد ذكوراً كانوا أو اناثاً أو بالتفريق كان المنعم ذكراً أو أُنثى، لأنّه لحمة كلحمة النسب، و لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر عبد الرحمن بن الحجّاج: مات موالى لحمزة بن عبد المطّلب فدفع رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) ميراثه إلى بنت حمزة «۳».

و قيل فى الخلاف و الاستبصار: إنّ الأمر كذلك إن كان المنعم رجلًا و استدلّ على استثناء المرأة بالإجماع.

و قيل فى المقنعة و الغنية و الإصباح للأولاد الذكور خاصّة رجلًا كان المنعم أو امرأة لما تقدّم من قول الباقر (عليه السّلام) فى صحيح محمّد بن قيس: قضى علىّ (عليه السّلام) فى رجل حرّر رجلًا فاشترط ولاءه فتوفّى الّذى أعتق و ليس له ولد إلّا النساء ثمّ توفّى المولى و ترك مالًا و له عصبة فاحتق فى ميراثه بنات مولاه و العصبة، فقضى بميراثه للعصبة الّذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثاً يكون فيه عقل «۴». و قول الصادق (عليه السّلام) فى حسن بن بريد بن معاوية: كان ولاء المعتق لجميع ولد الميّت من الرجال «۵».

و قيل فى النهاية و الإيجاز و الوسيلة و الشرائع و النافع و الجامع

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۴ ۴۵ ب ۴۰ أنّ المعتق إذا مات ..

(۲) الأحزاب: ۶.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۷ ص ۵۴۰ ب ۱ من أبواب ميراث ولاء العتق ح ۱۰.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۴ ب ۴۰ أنّ المعتق إذا مات .. ح ۱.

(۵) المصدر السابق: ص ۴۵ ح ۲.

إن كان المنعم رجلًا فللأولاد الذكور خاصّة، و إن كان امرأة فلعصبتها دون أولادها و إن كانوا ذكوراً و هو الأظهر لما تقدّم الآن من الخبرين مع قول الباقر (عليه السّلام) في صحيح محمّد بن قيس: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) على امرأة أعتقت رجلًا و اشترطت ولاءه و لها ابن فألحق ولاءه بعصبتها الّذين يعقلون عنه دون ولدها «۱». و صحيح يعقوب بن شعيب سأل الصادق (عليه السّلام) عن امرأة أعتقت مملوكاً ثمّ ماتت، قال: يرجع الولاء إلى بني أبيها «۲». و صحيح أبي ولاد سأله (عليه السّلام) عن رجل أعتق جارية صغيرة لم تدرك و كانت امّه قبل أن يموت سألته أن يعتق عنها رقبة من مالها فاشتراها هو فأعتقها بعد ما ماتت امّه لمن يكون ولاء المعتق؟ فقال: يكون ولاؤها لأقرباء امّه من قبل أبيها، و يكون نفقتها عليهم حتّى تدرك و تستغني، قال: و لا يكون للّذي أعتقها عن امّه من ولائها شي‌ء «۳».

و يرث الولاء من المعتق الأبوان له و الأولاد إذا فقد حتّى إذا خلّف أباً و ولداً ورثا معاً، لأنّ الولاء كالنسب و هما فيه في طبقة، و عن أمير المؤمنين (عليه السّلام): يرث الولاء من يرث الميراث «۴».

خلافاً لأبي عليّ فلم يورث الأب مع الابن، لكن الأُمّ إنّما ترث إن لم يختصّ الإرث بالعصبة كما تضمّنه خبر محمّد بن قيس. و المراد هنا بإرث الولاء «۵» غير ما نفى آنفاً، و هو ظاهر.

فإن انفردوا أي الأبوان و الأولاد جميعاً أو بعضهم عن قريب للمعتق لم يشركهم أحد من الأقارب للمنعم كالنسب و يقوم أولاد الأولاد مقام آبائهم عند عدمهم أي عدم الأولاد مطلقاً كما عرفت و يأخذ كلّ منهم نصيب من يتقرّب به كغيره أي كغير كلّ من أولاد الأولاد أو كغير الولاء من النسب. خلافاً للعامّة فجعل المال بينهم على حسب الرؤوس.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۴۴ ب ۳۹ أنّ المرأة إذا أُعتقت ح ۱.

(۲) المصدر السابق: ح ۲.

(۳) المصدر السابق: ح ۳.

(۴) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۸ ح ۱۲۰۲.

(۵) في ق و ن: «الولاية».

فإن عدم الأبوان و الأولاد و أولادهم ورثه الإخوة كما في النسب، و ينصّ عليه ما سمعته من الأخبار.

و هل يرث الأخوات قيل في المبسوط و الخلاف نعم، لأنّه لحمة كلحمة النسب و قيل: لا لما نطق به الأخبار بأنّه لا يرثه إلّا العصبة و يشترك الإخوة و الأجداد و الجدات إن ورثنا الإناث إذا اجتمعوا كما في النسب. خلافاً لأبي عليّ فجعل الجدّ أولى فإن فقدوا أجمع فالأعمام و العمّات إن ورثت النساء و أولادهم إن فقدوا الأقرب يمنع الأبعد كما في النسب.

و لا يرث الولاء من يتقرب بالأُمّ خاصّة من الإخوة و الأخوات و الأجداد و الجدّات و الأخوال و الخالات بناءً على اختصاص الإرث بالعصبة مطلقاً أو بعد فقد الأولاد، و إلّا ورثوا كما في النسب فإن لم يكن للمنعم قرابة ورث الولاء مولى المولى لكونه منعماً فإن عدم فقرابة مولى المولى لأبيه دون امّه أو مطلقاً كما في قرابة المولى و أب المنعم أولى من معتق الأب لأنّه حينئذٍ ممّن يؤثر عتقه، فلا ولاء عليه لعتق أبيه و كذلك معتق المعتق أولى من معتق أبي المعتق لذلك.

[المبحث الثالث فی جرّ الولاء و شروطه أمور أربعة]

اشارة

البحث الثالث: فی جرّ الولاء و هو انتقاله من محلّ إلی آخر و شروطه أُمور أربعة:

[الأمر الأول]

الأوّل: أن یکون الأب عبداً حین الولادة أی ولادة من ینجرّ ولاؤه فإن کان حرّ الأصل و زوجته مولاة فلا ولاء علی ولده تبعاً لأشرف الطرفین و إن کان الأب مولی و زوجته مولاة ثبت الولاء علی ولده لموالیه ابتداء کما تقدّم و لا جرّ.

[الأمر الثانی]

الثانی: أن تکون الامّ مولاة فلو کانت حرّة فی الأصل أو معتقة لا ولاء علیها فلا ولاء لینجرّ تبعاً لأشرف الأبوین.

[الأمر الثالث]

الثالث: أن یعتق الأب بحیث یکون علیه الولاء فلو مات علی الرقّ لم یکن له مولی حتّی ینجرّ الولاء بحال أی کانت الأُمّ حرّة أو مولاة

کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۸، ص: ۴۲۳

أو مملوکة فلو اختلف السیّدان فقال سیّد العبد: مات حرّا قدّم قول مولی الأُمّ؛ لأصالة بقاء الرقّ و عدم الانجرار.

[الأمر الرابع]

الرابع: أن لا یباشر الولد بالعتق لأنّ الولاء لمن أعتق فلو ولدت المعتقة عبداً بأن أعتقت بعد ما ولدت أو بعد ما حملت و لم یتبعها الحمل کما هو المختار، أو اشترطت الرقیة و أجزناه فأعتقه مولاه أو أُعتقوا أی الأولاد حملًا مع أُمّهم لا بتبعیة الامّ فلا جرّ بل کان مولاهم مولی الامّ.

و لو حملت بهم أحراراً بعد العتق من مملوک فولاؤهم لمولی أُمّهم، و لو کان أبوهم حرّا فی الأصل فلا ولاء علیهم لأحد، لما عرفت من تبعیة الأشرف و لو کان أبوهم معتقاً حین حملت بهم فولاؤهم لمولی أبیهم من غیر جرّ.

و لو أعتق أبوهم بعد ولادتهم أو بعد الحمل بهم انجرّ الولاء من مولی أُمّهم إلی مولی أبیهم و الأصل فی الجرّ الإجماع کما فی الخلاف. و الأخبار کقول أمیر المؤمنین (علیه السّلام) فی مرسل أبان: یجرّ الأب الولاء إذا أعتق «۱». و ما تقدّم من قول الصادق (علیه السّلام) فی صحیح العیص: فی عبد له أولاد من حرّة إنّ ولاء ولده لمن أعتقه «۲» و غیرهما. و عن الزهری و مجاهد و عکرمة و جماعة إنکاره.

و هل یشترط فی الجرّ التحاق النسب بالأب حتّی إن کان زنی بالولد لم ینجرّ ولاؤه إلی مولاه؟ إشکال من انتفاء الأبوّة فی الشرع، و من الأبوّة لغة و کون الولد نماء المملوک و إن کان عن زنا.

و إذا انجرّ الولاء إلی موالی الأب ثمّ انقرضوا عاد الولاء إلی عصباتهم فإن فقدوا فإلی موالی عصابتهم ثمّ إلی عصبات موالی

العصبات و هكـذا، فإن فقـدوا فإلى ضامن الجريرة، فإن لم يكن رجع إلى بيت المال للإمام عنـدنا، و للمسـلمين عند العامّة و لم يرجع إلى موالى الأُمّ

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ۴٢ ب ٣٨ من أبواب ولاء الولد لمن أعتق ح ۵.

(٢) المصدر السابق: ص ۴١ ح ١.

بحال للأصل من غير معارض. و عن ابن عباس رجوعه إليهم، بناءً على أنّ موالى الأب بمنزلـة الحجاب، فإذا فقدوا سـلم ولاؤهم من المانع.

و لو لم يعتق الأب لكن أعتق الجدّ انجرّ الولاء إلى معتقه و إن كان الأب حيّاً لكونه أباً قائماً مقامه فى الأحكام، و لـذا لو أسـلم تبعه ولد الولد إن لم يسلم أبوه. و للعامّة قول بالعدم.

فـإن أُعتق الأب بعـد ذلك انجرّ الولاء إلى معتق الأب من معتق الجـدّ، و هـذا جرّ جرّ الولاء فإنّه و إن لم ينجرّ إلى الأب منه إليه لكنّه إنّما انجرّ إليه لكونه أب الأب.

و لو كان الجدّ بعيداً فأُعتق دون القريب انجرّ الولاء إليه، فإن أُعتق القريب انجرّ من معتق البعيد إلى معتق القريب، فإن أعتق الأب انجرّ إلى معتقه، و على هذا فإنّه كالنسب، و لا يرث البعيد فيه مع القريب.

و لو كـان الجـدّ حرّا فى الأصل و الأب مملوک فتزوّج بمولاة قوم فأولـدها احتمل أن يكون الولاء لمولى الامّ لعموم كون الولاء لمن أعتق مع أنّ الأب رقّ، و هو الوجه و سقوطه بحرّية الجدّ فيمنع من الولاء، لأنّها أولى بالمنع من الولاء من المعتق.

و لو كـان الأبوان رقّاً فأُعتقت الأُمّ ثمّ وضـعت لـدون ستّة أشـهر فإن قلنا بالسـراية لعتق الأُمّ إلى الحمل لم ينجرّ الولاء، لأنّهم أى الأولاد عتقوا حينئذٍ بالمباشرة.

و لو أتت به لأكثر من ستّة أشـهر مع بقـاء الزوجيّـة و احتمال الوطء لستّة أشـهر لم يحكم برقّه أى الولـد و انجرّ ولاؤه لاحتمال حـدوثه بعـد العتق فلا يمسّه الرقّ و الأصل التأخّر و لا يحكم برقّه بالشكّ و أصالـة التأخّر أوجبت جرّ الولاء، فلا يرد أنّ الأصـل عدم الانجرار.

و لو أنكر المعتق ولد زوجته المعتقة و تلاعنا فولاء الولد لمولى الامّ على إشكال من الشک فى اشتراط ولائه برقّية الأب، و كون حرّيته مانعاً، و فى

اشتراطه بالرقّيـة أو بانتفاء العلم بالحرّيـة. و لا إشـكال فى أنّه لا ولاء عليه لمولى الأب؛ لانتفائه عنه شـرعاً و عدم ثبوته لغة للجهل بالخلق من مائه، بخلاف ولـد الزنا. و ربّما احتمل ثبوت الولاء لمولى الأب لثبوت حقّ المولى قبل اللعان، فلا يسـقط به، لأنّه فعل الغير. و فيه منع الثبوت، فإنّه إنّما يثبت على الولـد و احتمال الانجرار إن أعتق بعـد الولادة أضـعف، و لعلّه لا احتمال له إذا تلاعنا قبل عتقه.

و كذا الإشكال لو زنى بها الأب المعتق جاهلة بالحال أو عالمة من الشكّ فى اشتراط النسب الشرعى فى الولاء أو اللغوى مع قوّة الإشكال فيه أى قوّة الانتفاء عن مولى الأُمّ فى الزنا عالمة أو جاهلة، لما أنّ الولد نماء ملک المولبين. بخلاف ما إذا انتفى باللعان أو قوّة الشبهة فى صورة علمها خاصّة، من حيث إنّه بالعلم ينتفى عنها أيضاً فيتعدّد الإشكال، من الشكّ فى اشتراط الولاء بالنسب الشرعى، و الشكّ فى اشتراط الانجرار به.

فإن اعترف به أبوه بعد اللعان لم يرثه الأب و لا المنعم على الأب، لأنّ النسب و إن عاد فإنّ الأب لا يرثه و لا من يتقرّب به فكما لا يرثه المتقرّب به نسباً فكذا ولاءً، و كما أنّ اللعان بالنسبة إلى المولى إقرار فى حقّ الغير فكذا بالنسبة إلى المتقرّب بالنسب.

و لو أولـد مملوك من معتقـة ابنـاً فولاـؤه و ولاء إخوته منها لمولى امّه، فإن اشترى الولـد أباه عتق عليه و انجرّ ولاء أولاده كلّهم إليه على إشكال ممّا تقدّم من الخلاف فى ثبوت الولاء بالعتق بالقرابة.

و هـل ينجرّ ولاء نفسه إليه فيبقى حرّا لا ولاء عليه أو يبقى ولاؤه لمولى أُمّه؟ إشـكال، ينشأ من أنّه معتق الأب فيعمّه أدلّـة الجرّ، و من لزوم كون الولاـء ثابتاً على أبويه دونه إن نفينـا الولاـء عنه مع كونه وُلـد و همـا رقّان فى الأصـل أو عليهمـا ولاء على القول بالولاء بعتق القرابـة، مع أنّ من المقرّر عنـدهم أنّ من ولـد و أبواه رقيقان ثمّ عتقا أو كانا قـد عتقا أو بالتفريق و هنا بالجملـة ثبت عليهما الولاء قبل تولّده أو بعده ثبت عليه الولاء. و الظاهر من

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۲۶

فرض المسألـة لاـ ينـاسب ظـاهر قوله: «و هما رقّان فى الأصل أو عليهما ولاء» فإنّه فرض أحـدهما رقيقاً و الآخر مولى عليه، لكن المراد لزوم خرم القاعدة على الوجه الّذى عرفت، فيندفع ذلك بالعناية.

و لو كـان المشترى لأـبيه ولـد زنـا و أعتقه إن قلنا بعـدم العتق فى قرابـة الزنا ثبت له الولاء قطعاً لصـدق التبرّع بالعتق و انجرّ ولاء الأولاد و ولاؤه إليه و لا إشـكال هنا فى انجرار ولائه إليه، فيكون حرّا لا ولاء عليه، لأنّ الضابطـة المتقدّمـة إنّما هى فى الولد بين الأبوين، و الأبوّة هنا منتفية شرعاً.

أمّا لو اشترى هـذا الولـد عبداً فأعتقه فاشترى العبد الأب فأعتقه دار الولاء و صار الولد مولى المشترى لمباشـرته العتق و المشترى مولى له، لأنّه أعتق أباه فانجرّ ولاء الولد من مولى الأُمّ إليه، و صار كلّ منهما مولى الآخر من فوق و من أسفل، و يرث كلّ منهما الآـخر بالولاـء، فـإن ماتـا و لاـ مناسب لهما قيل فى المبسوط يرجع الولاء إلى مولى الامّ و أنّه إنّما انجرّ من مولى الأُمّ [إلى مولى الأب] لكونه أولى، لا لأنّه انقطع عنه رأساً.

و فيه نظر بـل أقربه العـدم لمـا عرفت من أنّه لاـ يعود إلى مولى الاـمّ بحـال، و قـد اعترف به فى المبسوط قبـل ذلـك و إذا كـان كذلك كان ميراثه للإمام.

و هل يرث الإمام الولاء للعتق إذا فقد الموالى أم لا يرث إلّا المال بولاء الإمامة؟ إشكال من أنّ الولاء يرثه وارث المال و هو يعمّ الإمام، و من أنّه يرث بولاء الإمامة فلا حاجة إلى إثبات ولاء العتق له، مع أنّهم ذكروا أنّه إذا فقد الموالى ورث الإمام.

فإن قلنا به و كان للعتيق زوج أو زوجة و فقد الموالى لم يردّ باقى التركة من النصف أو الثلاثة الأرباع على الزوجين لو قلنا به أى بالردّ عليهما إذا انحصر الوارث، لا بولاء الإمامة فى أحدهما، فإنّ الإمام هنا ورث بولاء العتق.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۲۷

و لو تزوّج ولد المعتقة معتقة فاشترى ولده منها جدّه عتق عليه، و له ولاؤه على إشـكال تقدّم فى ثبوت الولاء بعتق القرابة و ينجرّ إليه ولاـء أبيه و سـائر أولاد جـدّه و هم عمومته و عمّاته و ولاء جميع معتقيهم، و يبقى ولاء المشترى لمولى الأُمّ، أو يبقى حرّا لا ولاء عليه على ما تقدّم من الاحتمال.

و لو تزوّج عبـد بمعتقـة فأولـدها ولداً فولاؤه لمعتق امّه إلّا أن يكون رقّاً إن قلنا به فإن تزوّج الولد بمعتقة مولى آخر فأولدها ولداً فالأقرب أنّ ولاء الولـد الثانى لمولى امّه لا لمولى أبيه لأنّ الولاء الثابت على أبيه إنّما يثبت عليه من جهة أُمّه و مثله ثابت فى حقّ نفسه لأـنّ لُـامّه أيضاً مولى و ما ثبت فى حقّه أولى و أقرب ممّا ثبت فى حقّ أبيه. و يحتمل أن يكون ولاؤه لمولى أُمّ الأب، لأنّ ولاءه ثابت على الأب و الولاء الثابت على الأب يمنع ثبوت الولاء لمولى الامّ بالنصّ و الفتوى من غير تفصيل و لأنّ علة الجرّ ثمّ

أى من مولى الأمّ إلى مولى الأب الإنعام على الأب بالعتق بواسطة أولى بها و هو هنا حاصل و المنعم على الأب هنا هو مولى أَمّ الأب فينجرّ إليه الولاء لاستلزام العلّة معلولها.

و لو تزوّج معتق بمعتقة فأولدها بنتاً و تزوّج عبد بمعتقة فأولدها ابنا فتزوّج الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أُمّ أبيه لا لمولى أب أُمّه قطعاً لأنّ له الولاء على أبيه مع تساوى النسبة بينه و بين مولى أب الأُمّ فإن تزوّجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لا لمولى أُمّها لأنّ ولاءها له، فإن كان أبوها ابن مملوك و معتقه فالولاء على الولد لمولى أُمّ أب الأُمّ لا- لمولى أُمّها على الوجه الثانى فيما تقدّم لأنّ مولى أُمّ أب الأُمّ ثبت له الولاء على أب الأُمّ، فكان مقدّماً على امّها و ثبت له الولاء عليها و على الوجه الأوّل كان الولاء لمولى أُمّ الأُمّ.

و لو تزوّج عبد بمعتقه فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۲۸

و لهما عليه الولاء على إشكال تقدّم. و الفائدة فى الخلاف هنا فى العقل لا فى الإرث، فمن أثبت الولاء أثبت العقل، و من نفاه نفاه، و العقل يثبت للمرأة بمباشرة العتق و إن لم يثبت لها بالنسب، و لا بانتقال الولاء.

فلو مات الأب كان ميراثه لهما بالتسمية و الردّ بالنسب لا بالولاء اتّفاقاً لأنّه لا يجتمع الميراث بالولاء مع النسب عندنا إذ لا أثر للضعيف مع القوىّ.

و لو ماتتا أو إحداهما و الأب موجود فالميراث له خاصّة إن لم يكن لهما ولد و إلّا فلهما و لو لم يكن الأب موجوداً كان ميراث السابقة لأُختها بالتسمية و الردّ و لا ميراث لها و لا لغيرها بالولاء لوجود المناسب و هى الأُخت.

و لو ماتت الأُخرى بعد ذلك و لا وارث لها بالنسب هل يرثها مولى أُمّها؟ فيه إشكال، ينشأ من انجرار الولاء إليهما بعتق الأب للقرابة أو لا، و الأقرب عدمه، إذ لا يجتمع استحقاق الولاء بالنسب و العتق، فان قلنا بالجرّ فكلّ واحدة منهما قد جرّت نصف ولاء أُختها إليها، لأنّها أعتقت نصف الأب، و لا ينجرّ الولاء الّذى عليها بعتق الأب، و إن قلنا بولائها على الأب إلّا على الوجه المتقدّم فيبقى نصف ولاء كلّ واحدة منهما لمولى أُمّها و إن لم نقل بالجرّ فكلّ الولاء له.

و لو أعتقت المرأة مملوكاً فأعتق المملوك آخر فميراث الأوّل لمولاته و ميراث الثانى للأوّل فإن لم يكن الأوّل و لا مناسبوه فميراث الثانى لمولاة المولى، و لو اشترت أباها عتق عليها، فإن اشترى مملوكاً فأعتقه و مات الأب ثمّ مات المعتق و لا وارث له أى للأب سواها ورثت النصف من تركة الأب و معتقه بالتسمية للقرابة و الباقى بالردّ لا بالتعصيب بالولاء إن قلنا: يرث الولاء ولد المعتق، و إن كنّ إناثاً و إلّا فورثها الولاء كان الميراث بتمامه لها بالولاء إن قلنا بثبوت الولاء

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۲۹

بالشراء الموجب للعتق، و إن لم نقل به و لا بإرث الولاء لم يرث من تركة المعتق شيئاً.

و لو اشترى أحد الولدين مع أبيه مملوكاً فأعتقاه ثمّ مات الأب ثمّ المعتق فللمشترى ثلاثة أرباع تركته أى المعتق نصفها بالولاء و ربعها بإرث الولاء و لأخيه الربع الباقى بإرث الولاء و المولود من حرّين إذا كان أجداده من جهة أبيه عبيداً كزكريّا تولّد من سكينة معتقة عبد اللّه، و الحسن ابن يوسف عبد عمرو، و يوسف تولّد من فاطمة و هى تولّدت من صفيّة معتقة خالد، و يحيى عبد بكر تزوّجها بإذن مولاه، فأبوا زكريّا حرّان و أُصوله من جهة الأبوّة أرقّاء و من جهة الأُمومة أحرار و ثبت الولاء عليه لمعتق أُمّ الأُمّ إذا أعتقها أوّلًا و هو هنا خالد، لأنّه معتق أُمّ أُمّ الأب ثمّ ينجرّ منه إلى معتق أب الأُمّ و هو هنا بكر إذا أعتق يحيى فإنّه معتق أبى أُمّ الأب.

ثمّ إذا كان ليوسف الّذى هو جدّ زكريا أب مملوك لأحمد اسمه جعفر و أُمّ هى جارية سليمان اسمها زهراء فأعتق سليمان امّه

انجرّ الولاء منه أى معتق أب الأمّ إلى سليمان الّذى هو معتق أَمّ الأب أى الجد، فإنّ يوسف كان جدّاً لزكريا ثمّ إذا أعتق أحمد جعفراً انجرّ منه إلى أحمد الّذى هو معتق أب الأب أى أب الجدّ و يستقرّ عليه فلا ينجرّ إلى أحد إلّا أن يكون الأب أى الجدّ رقيقاً فينجرّ إلى معتقه.

و قد تصوّر المسألة بأن كان الولد لحرّين تحرّرا بتبعية الأُصول و أُصوله، كلّهم أحرار لكنّهم كفّار، ثمّ سبى الكلّ إلّا الولد، و قلنا: لا يزول الولاء عنه بالسبى فأعتق السابى أحد أُصوله فيكون له الولاء، ثمّ كلّما أعتق من هو أولى انجرّ إليه، فليفرض على الترتيب الّذى فرضه فيبنى على صحّة عتق الكافر، و أنّه إذا سبى المعتق ثمّ أُعتق كان الولاء لهذا المعتق و إن تأخّر. و قد تصوّر بأنّ عبداً تزوّج بمعتقة فولدت بنتاً و نكح مغرور مغرورة بظنّ الحرّية و هما رقيقان فولدت ابناً فيكون حرّا، فإذا تزوّج بالبنت فأولدها ولداً كان بين حرين و ولاؤه على الترتيب المذكور، لكنه

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٤٣٠

لا يصحّ عندنا، فإنّ ولد الرقيقين رقيق و إن كانا مغرورين.

و لو اشترى ابن و بنت أباهما فانعتق فاشترى عبداً فأعتقه ثمّ مات الأب ثمّ العتيق ورثه الابن خاصّة، لأنّه العصبة، بل لو خلف العتيق ابن عمّ المعتق و البنت كان الميراث لابن العمّ لأنّه العصبة إلّا على القول بعدم اختصاص الإرث بالعصبة، و على القول بالولاء بعتق القرابة.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٤٣١

[المقصد الثانى فى التدبير و فيه ثلاث فصول]

اشارة

المقصد الثانى فى التدبير و هو من الدبر للتعليق بالموت الّذى هو دبر الحياة، و لا خلاف فى شرعيّته، و انعتاق المدبّر بالموت إلّا لمانع كعدم الخروج من الثلث و فيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأوّل فى حقيقته و صيغته]

الأوّل فى حقيقته و صيغته التدبير أصله إيقاع عتق المملوك إن كان عتقاً و إلّا فالوصية بعتقه بعد وفاة مولاه و هو ممّا لا خلاف فيه.

و فى صحّة تدبيره بعد وفاة غيره كزوج الأمة، و من يجعل له الخدمة نظر، أقربه الجواز وفاقاً للشيخ و ابن حمزة و البرّاج و ابنى سعيد و ظاهر أبى علىّ، لصحيح يعقوب بن شعيب سأل الصادق (عليه السّلام) عن الرجل يكون له الخادم، فقال: هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حرّة فتأبق الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ستّ سنين ثمّ يجدها ورثته أ لهم أن يستخدموها بعد ما أبقت؟ فقال: لا إذا مات الرجل فقد عتقت «١». و لأنّه إذا أجاز التأخير لم يكن فرق بين الأشخاص و هو بيّن الضعف. و هل تعدّى الحكم إلى موت أيّ شخص فرض كما هنا و فى غيره من كتبه و الشرائع و النافع و الجامع و يقتضيه هذا التعليل الّذى فى المختلف. أو تعدّى إلى الزوج خاصّة للملابسة. أو يقصر على ما فى النصّ كما فى

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨١ ب ١١ من أبواب جواز تعليق التدبير ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٣٢

النهاية و الوسيلة؟ أوجه، أوجهها الأخير. و خلافاً لابن إدريس اقتصاراً على المتيقّن و استصحاباً و تمسّكاً بأنّ معناه التعليق بموت المولى، و هو مصادرة، و بأنّه وصيّة، و هو ممنوع.

و صيغته أنت حرّ بعد وفاتي أو إذا متّ فأنت حرّ أو عتيق أو معتق و لا- حاجة إلى قوله: أنت رقّ في حياتي كما يظهر من الشيخين.

و لو قال: «أنت مدبّر» فالأقرب الوقوع وفاقاً للقاضي و أبي عليّ، لصراحته فيه و تغليب الحرّية. خلافاً للخلاف، للأصل، و اقتصاراً على اليقين، و لأنّه إمّا عتق فلا بدّ فيه من صريح لفظه، أو وصيّة به فلا بدّ من التصريح بالموصى به.

أمّا لو قال عقيبه: «فإذا متّ فأنت حرّ» صحّ إجماعاً، و لا عبرة باختلاف أدوات الشرط أو ألفاظ يعبّر بها عن المدبّر للعموم مثل إذا مت أو إن متّ أو متى متّ أو أيّ وقت أو أيّ حين، و سواء قال: أنت حرّ أو هذا أو فلان و لو أتى باللفظ الدال على العتق بالكتابة لم يقع عندنا و إن نوى به التدبير كالمنجّز.

و هو إمّا مطلق كما تقدّم، أو مقيّد مثل إذا متّ في سفري فأنت حرّ أو في سنتي أو في مرضي هذا أو في بلدي أو شهري أو سنة كذا أو شهر كذا على رأي وفاقاً لابني حمزة و البرّاج و ابني سعيد و موضع من المبسوط، للعموم، و كون الشرط سائغاً. و خلافاً لظاهر موضع آخر من المبسوط.

و لا يقع إلّا منجزاً إذ لا إيقاع بدونه، و ظاهر الخلاف و المبسوط و السرائر الإجماع عليه. فلو علّقه بشرط أو صفة بطل، مثل إن قدم المسافر فأنت حرّ بعد وفاتي، أو إن أهلّ شوّال مثلًا فأنت حرّ بعد وفاتي، أو أنت حرّ بعد وفاتي إن شئت و إن قال: شئت أو إن دخلت الدار فأنت حرّ بعد وفاتي سواء دخل أو لا، أو إن دخلت الدار بعد وفاتي فأنت حرّ، أو أنت حرّ بعد وفاتي بسنة أو شهر، أو إن أدّيت إليّ كذا أو إلى ابني فأنت حرّ بعد وفاتي و إن أدّى. و جوّز أبو عليّ التعليق بالشرط و الصفة، و جعل نحو أنت حرّ بعد وفاتي بسنته وصيّة بالعتق.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٣٣

و لو قال الشريكان: إذا متنا فأنت حرّ و أطلقا لفظاً و نيّة انصرف قول كلّ منهما إلى نصيبه حملًا لكلامهما على الصحيح و تغليبا للحرّية و صحّ التدبير و لم يكن معلّقاً على شرط موت الآخر و ينعتق كلّه بموتهما إن خرج نصيب كلّ منهما من ثلثه أو أجاز الوارث.

و لو خرج نصيب أحدهما خاصّة عتق و بقي نصيب الآخر، و لو مات أحدهما أوّلًا تحرّر نصيبه من الثلث و بقي الباقي مدبّراً ينعتق بموت مالكه و الكلّ ظاهر، لكن يحتمل التدبير المعلّق على موت الآخر لكونه ظاهر اللفظ، و يؤيّده الاستصحاب.

أمّا لو قصدا عتقه بعد موتهما بطل التدبير إلّا على القول بجواز تعليقه، أو القول بوقوع التدبير بالتعليق على موت غير المولى و إنّما يصحّ قطعاً لو قصدا توزيع الأجزاء من المملوك على الأجزاء من الموتين.

[الفصل الثاني في المباشر]

الفصل الثاني في المباشر و هو كلّ مالك بالغ عاقل قاصد مختار جائز التصرف ناوٍ، فلا يصحّ تدبير الصبيّ و إن بلغ عشراً مميّزاً على رأي وفاقاً للمشهور و خلافاً للشيخ؛ لما تقدّم من الخبر بإجازة عتقه و وصيّته، و حكى الإجماع عليه في الخلاف.

و لا المجنون و لا السكران و لا الساهي و لا المكره المرتفع القصد.

و لا المحجور عليه لسفه أو فلس خلافاً للمبسوط في السفيه؛ لانتفاء معنى الحجر بعد الموت، و استشكله في التحرير.

و لا غير الناوى للتقرّب على إشكال من التردّد فى كونه وصيّة أو عتقاً، و التردّد فى اشتراط العتق بالتقرّب.

فإن شرطنا نيّة التقرّب لم يقع من الكافر و إن كان يعرف اللّه كان ذمّيا أو كان قد عرفه بأن كان مرتدّاً و إن كان بحيث لا يخرج المملوك عن ملكه بارتداده بأن كان ارتداده عن غير فطرة على إشكال من الإشكال فى تحقّق التقرّب كما تقدّم، ففى المسألة ثلاثة أقوال: الصحّة مطلقاً،

و البطلان من الكافر مطلقاً، و الفرق بين المقرّ به تعالى و غيره.

و لو لم يشترط نيّة التقرّب صحّ تدبير المرتدّ لا عن فطرة صحّة مراعاة؛ لعدم انتقال تركته بالارتداد فإن تاب نفذ التدبير و إلّا فلا للحجر و تدبير الكافر أصالة.

فإن أسلم العبد بيع عليه من مسلم، سواء رجع فى تدبيره أو لا لبقاء المدبّر على الرقّ. خلافاً للقاضى فخيّره بين الرجوع فى التدبير فيباع عليه و بين الحيلولة بينه و بين كسبه للمولى و بين استسعائه.

فإن مات المولى قبل بيعه نفذ التدبير و تحرّر من ثلثه إن لم يكن قد رجع فى التدبير فإن قصر الثلث تحرّر بقدره و كان الباقى للوارث، فإن كان مسلماً استقرّ ملكه عليه و إلّا قهر على بيعه من مسلم.

و لو ارتدّ السيّد بعد التدبير لم يبطل تدبيره إلّا إذا ارتدّ عن فطرة فإن مات و لو مرتدّاً عتق المدبّر من الثلث إن لم يكن ارتداده عن فطرة إذ لا خروج عن ملكه و لا حجر عليه فيما تقدّم الارتداد و إن كان عنها لم ينعتق بموته لخروج ملكه عنه بالردّة و لا يجدى تنزيله منزلة الميّت.

و لا يصحّ تدبير المرتدّ عن فطرة للخروج عن ملكه، و أطلق الشيخ الصحّة من المرتدّ فى المبسوط و هو مبنىّ على البقاء فى ملكه.

و يصحّ تدبير الأخرس و رجوعه بالإشارة كغيره من عقد أو إيقاع.

و لو خرس بعد التدبير فرجع صحّ مع العلم بإشارته خلافاً لبعض العامّة فمنع من الرجوع بالإشارة مع تجويزه التدبير بها.

[الفصل الثالث: المحلّ]

الفصل الثالث: المحلّ و هو كلّ مملوك غير وقف، فلا ينفذ تدبير غير المملوك و إن علّقه بالملك كما لا يصحّ إعتاقه و لا الوقف لأنّه ممّا لا يزال و يصحّ تدبير الجانى و إن تعلّق به حقّ المجنىّ عليه، لأنّ للمولى أن يفديه و له تسليمه بعد

التدبير أيضاً و أُمّ الولد و المكاتب للعموم و انتفاء التنافى فإن أدى مال الكتابة فى حياة المولى عتق بها و إلّا عتق بموت المولى بالتدبير إن خرج من الثلث و إلّا عتق بقدره و سقط عنه من مال الكتابة بنسبته إلى كلّه و كان الباقى مكاتباً.

و لو دبّره ثمّ كاتبه بطل التدبير وفاقاً للأكثر، لأنّه وصيّة و الكتابة ينافيه. و خلافاً لابن الجنيد و البرّاج لكونه عتقاً.

أمّا لو قاطعه على مال ليعجل عتقه لم يبطل تدبيره قطعاً لأنّ نهايته الوعد بالتعجيل على تقدير فعل مع عدم لزوم المقاطعة لأحد منهما، و كون الكسب ملكاً للمولى فلا يتغيّر به حكم الرقّ و التدبير بوجه.

و هل يشترط إسلامه؟ الأقرب ذلك إن شرطنا نيّة التقرب و منعنا من عتق الكافر لاستحالة التقرّب بعتقه و إلّا فلا.

و لا فرق فى جميع الأحكام بين أن يكون المدبّر ذكراً أو أُنثى، صغيراً أو كبيراً أو حملًا و لا يسرى تدبير الحمل إلى امّه كما هو الصحيح فى العكس و يصحّ الرجوع فيه كما فى غيره من المدبّرين، خلافاً لبعض العامّة.

فإن دبّر حملًا أو أتت به امّه لأقلّ من ستّة أشهر من حين التدبير تبيّن أنّه كان صحّ التدبير و إلّا فلا و إن لم يجاوز الأقصى لاحتمال تجدّده بعده و توهّم الحمل قبله مع أنّ الأصل العدم، إلّا أن يحكم فى الشرع بتقدّمه عليه.

و لو ادّعت تجدّدهم بعد التدبير لها ليسرى إليهم و الورثة سبقهم قدّم قولهم و إن كان الأصل التأخّر لأنّ الأصل بقاء الرقّية و كما حدثوا فالتدبير حادث، فيتعارض أصلا التأخّر.

و يصحّ تدبير بعض الجملة مشاعاً كالنصف و الثلث كما يصحّ تنجيز عتقه و لا ينعتق عليه الباقى إن ملك جملته و لا يسرى التدبير إليه للأصل، لأنّه وصيّة بالعتق، و لو كان عتقاً فهو عتق معلّق على شرط ينتقل به الملك

عنه إلى الوارث. و للعامّة قول بالسراية.

و كذا لو دبّره أجمع صحّ أن يرجع فى بعضه كسائر الوصايا.

و إن اشترك المملوك بينه و بين غيره فدبّر حصّته لا يقوّم عليه حصّة شريكه إذ لا عتق حين التدبير و لا يسار حين العتق للانتقال إلى الورثة. خلافاً للمرتضى فنزّله منزلة العتق، و ربّما ظهر منه الإجماع عليه، و هو أحد قولى الشافعى.

و لو دبّر الشريكان ثمّ أعتق أحدهما ففى الخلاف و المبسوط لم يقوّم عليه حصّة الآخر لتشبّثه بالحرّية، و الأصل البراءة و الوجه التقويم وفاقاً للمحقّق لأنّ التدبير ليس عتقاً فيعمّه أدلّة السراية.

و لو دبّر أحدهما ثمّ أعتق وجب عليه فكّ حصّة شريكه لصدق أنّه أعتق شقصاً.

و لو أعتق الشريك لم يجب عليه أن يفكّ حصّة شريكه الّتى أوقع عليها التدبير على إشكال تقدّم الآن.

و لو دبّر بعضاً معيّناً كيده أو رجله أو رأسه لم يصحّ كما فى العتق. و من العامّة من جوّز التعليق بما يعبّر به عن الجملة كالرأس و الفرج كما فى العتق.

و لو دبّر أحد عبديه غير معيّن باللفظ و لا بالنيّة فالأقرب الصحّة وفاقاً للمبسوط بل لأنّه إمّا عتق أو وصيّة به و يعيّن من شاء بلا قرعة فإن مات قبله فالأقرب القرعة كما فى المبسوط. و قيل: يتخيّر الوارث من غير قرعة؛ لعدم التعيّن فى نفسه.

و يصحّ تدبير الآبق كما يصحّ عتقه؛ للعموم.

و لو أبق بعد التدبير بطل تدبيره اتّفاقاً كما فى الخلاف و كان هو و من يولد له بعد الإباق رقّاً إن ولد له من أمة و به خبر العلاء بن رزين عن الصادق (عليه السّلام): فى رجل دبّر غلاماً له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوّج منهم و لم يعلمهم أنّه عبد فولد و كسب مالًا فمات مولاه الّذى دبّره فجاء ورثة الميّت الّذى

دبّر العبد فطلبوا العبد فما ترى؟ فقال: العبد رقّ و ولده لورثة الميّت، قلت: أ ليس قد دبّر العبد، فذكر أنّه لما أبق هدم تدبيره و رجع رقّاً «١». و فى معناه خبر محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السّلام) «٢».

و أولاده بعد التدبير قبل الإباق على التدبير إذ لا يهدم انهدام تدبيره تدبيرهم.

و لو ارتدّ المملوك لم يبطل تدبيره بلا خلاف كما فى الخلاف للأصل، إلّا أنّه قيّده بالارتداد الّذى يستتاب فيه، و تبعه القاضى و لعلّه لأنّه يقتل فى غيره، فكأنّه بطل تدبيره، و أبطله به أبو علىّ إلّا أن يلتحق بدار الحرب فيبطل عندنا كما فى المبسوط لأنّه إباق و زيادة، خلافاً للشافعى. و لو مات مولاه قبل التحاقه عتق.

و لو جعل خدمته لغيره مدّة حياة الغير ثمّ هو حرّ بعد موت الغير و جعلناه تدبيراً لم يبطل تدبيره بإباقه اقتصاراً فى خلاف الأصل على اليقين، و لما تقدّم فى صحيح يعقوب بن شعيب «٣» و يكون جعل الخدمة لازماً لا يجوز له فسخه لأنّه رقبى خلافاً للمبسوط

فأجاز له الرجوع متى شاء و ينعتق بموت الغير من الأصل إن بقى المالك حيّاً، و إن مات قبله فإشكال من أنّه عتق بعد الموت، و من أنّه عتق لزم فى صحّته و إن اتّفق التأخّر عن الموت.

و لو دبّر أمة لم تخرج عن الرقّية و كذا العبد بالنصوص «۴» و الإجماع و له وطؤها و وطء ابنتها الّتى ولدتها بعد التدبير إن لم يكن وطئ الأُمّ

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۱ ب ۱۰ أنّ الإباق يبطل التدبير .. ح ۲.

(۲) المصدر السابق: ص ۸۰ ح ۱.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۱ ب ۱۱ أنّه يجوز تعليق التدبير .. ح ۱.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۷۱ ب ۱ جواز بيع المدبّر و عتقه .. و ج ۱۶ ص ۸۲ ب ۱۳ أنّ المدبّر مملوك.

فإن حملت منه لم يبطل التدبير، بل كانت أُمّ ولد مدبّرة و عتقت بالتدبير بعد موت مولاها من الثلث، فإن عجز الثلث عن كلّه فبقدره و عتق الباقى من نصيب الولد خلافاً للشافعى فأبطل التدبير بالاستيلاد لكونه أقوى.

و لو حملت المدبّرة بمملوك لمولاها من زنا أو شبهه أو عقد كان الولد مدبّراً كأُمّه بالنصّ و الإجماع، و ربّما يشكّ فى ولد الزنا؛ لعدم اللحوق. و يدفعه نحو قول الصادق (عليه السّلام): فما ولدت فهم بمنزلتها «۱».

فإن رجع المولى فى تدبير الامّ قيل فى النهاية و الخلاف و المبسوط و الجامع و النافع لم يكن له الرجوع فى تدبير الولد لصحيح أبان بن تغلب سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل دبّر مملوكته ثمّ زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثمّ مات زوجها و ترك أولاده منها، قال: أولاده منها كهيئتها، فإذا مات الّذى دبّر أُمّهم فهم أحرار، قال: يجوز للّذى دبّر أُمّهم أن يردّ فى تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قال: أ رأيت إن ماتت أُمّهم بعد ما مات الزوج و بقى أولادها من الزوج الحرّ أ يجوز لسيّدها أن يبيع أولادها و يرجع عليهم فى التدبير؟ قال: لا إنّما كان له أن يرجع فى تدبير أُمّهم إذا احتاج و رضيت هى بذلك «۲». و مدلوله أخصّ من المدّعى؛ لاختصاصه بأولادها من الزوج الحرّ، و أمّا التقييد بالحاجة و الرضا فلعلّه للفضل، و لأنّ تدبيرهم تبعيّة الأُمّ من غير اختيار له فيه فلا يتخيّر فى فسخه. و ليس بمعتمد لصدق التدبير فيه، و عموم ما دلّ على جواز الرجوع فيه، مع ما عرفت من خصوص الخبر، و ورود المنع على كلّ من مقدّمتى الدليل الثانى، و هو اختيار ابن إدريس.

و لو أتى المدبّر بولد مملوك لمولاه بعد تدبيره فهو كأبيه مدبّر بالإجماع و النصّ كصحيح بريد بن معاوية سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل دبّر مملوكاً له تاجراً موسراً فاشترى المدبّر جارية فمات قبل سيّده، فقال: أرى أنّ جميع ما ترك المدبّر من مال أو متاع فهو للّذى دبّره، و أرى أنّ أُمّ ولده للّذى دبّره و أرى أنّ ولده

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۷۶ ب ۵ أنّ أولاد المدبّرة من مملوك .. ح ۴.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۷۸ ب ۷ أنّ الأولاد إذا تبعوا الأُمّ فى .. ح ۱.

مدبّرون كهيئة أبيهم، فإذا مات الّذى دبّر أباهم فهم أحرار «۱». و قد تضمن بقاء الأولاد على التدبير و إن مات الأب.

و لو رجع فى تدبيرها فأتت بولد لستّة أشهر فصاعداً من حين الرجوع لم يكن مدبّراً؛ لاحتمال تجدّده و كونه الأصل و لو كان لأقلّ من ستّة أشهر فهو مدبّر و إن ولدت ولدين أحدهما لأقلّ و الآخر لأكثر و لم يكن بينهما ستّة أشهر فالحمل واحد و هما

مدبّران.

و لو دبّر الحامل لم يكن تـدبيراً للحمـل و إن علم به على رأى وفاقـاً للمبسوط و الخلاف و المقنع و السـرائر و النافع و الشـرائع، للأصـل، و قـول الكـاظم (عليه السّـلام) فى خـبر عثمـان بن عيسـى: إن كـانت المرأة دبّرت و بهـا حبـل و لم يـذكر مـا فى بطنها فالجارية مدبّرة و الولد رقّ «٢».

و عن أحد قولى القاضـى تدبيره مطلقاً و فى النهاية و الجامع و الوسيلة التفصيل بالعلم و عدمه، لخبر الوشاء سأل أبا الحسن (عليه السّـلام) عن رجل دبّر جارية و هى حبلى، قال: إن كان علم بحبل الجارية فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما فى بطنها رقّ «٣». و يحتمل معناه خبر عثمان بن عيسى.

[الفصل الرابع فى الأحكام]

اشارة

الفصل الرابع فى الأحكام التـدبير ليس وصـيّة وفاقاً للمقنع و المقنعـة و الخلاف و النهاية و السـرائر و الغنية و الوسـيلة و الجامع و الشرائع، لقول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح هشام بن الحكم: هو مملوكه بمنزلة الوصيّة «۴». و فى صحيحة معاوية ابن عمّار: هو بمنزلة الوصيّة «۵». و لأنّه لو كان وصيّة لم يكف للعتق.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧٧ ب ۶ أنّ المدبّر إذا ولد له أولاد .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧۵ ب ۵ أنّ أولاد المدبّرة من مملوك .. ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧۶ ب ۵ أنّ أولاد المدبّرة من مملوك .. ح ٣.

(۴) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٣٨٩ ب ١٩ أنّ المدبّر ينعتق بعد موت .. ح ٣.

(۵) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧٣ ب ٢ أنّه يجوز الرجوع فى التدبير .. ح ١.

و فى المبسوط و النافع أنّه وصيّة، و يظهر الإجماع من المبسوط لأنّه لو كان عتقاً لم يجز الرجوع فيه و لم يعتبر من الثلث.

و لا خلاف للأوّلين فى أنّه إذا لم يجب بنذر أو شبهه كالوصيّة فى أنّه يمضى من الثلث بعد موت المولى و إيفاء الديون إذا علّق بموت المولى كما نطقت به الأخبار كقول الباقر (عليه السّـلام) فى حسن محمّد بن مسلم: فإذا مات السيّد فهو حرّ من ثلثه «١». و خبر الحسن بن علىّ بن أبى حمزة أنّه قال للرضا (عليه السّلام): إنّ أبى هلك و ترك جاريتين قد دبّرهما و أنا ممّن أشهد لهما و عليه دين كثير فما رأيك، فقال: رضـى اللّه عن أبيك و رفعه مع محمّـد (صـلّى اللّه عليه و آله) و أهله قضاء دينه خير له إن شاء اللّه «٢». و عن بعض العامّة اعتباره من رأس المال فإن قصر الثلث عن جملته عتق منه بقدره، و لو لم يكن له غيره و لم يكن عليه دين و لا وصيّة سابقة عتق ثلثه، و لو كان المال غائباً عتق ثلثه، ثمّ كلّما حصل من المال شىء عتق منه بنسبة ثلثه.

و قيل: لا يعتق منه شىء حتّى يحضر المال، لأنّ التنفيذ فى الثلث إنّما يتمّ مع تسلّط الورثة على الثلثين، و لا تسلّط هنا للتوقّف إلى أن يتبيّن حال الغائب.

و لو كان هناك دين مستوعب بطل التدبير و بيع المدبّر فيه كما أرشد إليه خبر ابن أبى حمزة.

و لو لم يستوعب بل زادت قيمته و لم يكن له غيره بيع مساويه و تحرّر ثلث الباقى و كان ثلثاه ميراثاً، سواء سبق التدبير الدين أو

تأخّر كالوصيّة، خلافاً للنهاية لقول الكاظم (عليه السّلام) فى صحيح عليّ بن يقطين: و إن كان على مولى العبد دين فدبّره فراراً من الدين فلا تدبير له، و إن كان دبّره فى صحة و سلامة فلا سبيل للديّان عليه و يمضى تدبيره «٣». و خبر أبى بصير عن

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبّر .. ح ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٨٠ ب ٩ أنّ من دبّر مملوكه و عليه دين .. ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧٩ ب ٩ أنّ من دبّر مملوكه و عليه دين .. ح ١.

الصادق (عليه السّلام): فى رجل دبّر غلامه و عليه دين فراراً من الدين، قال: لا تدبير له، و إن كان دبّره فى صحّة و سلامة فلا سبيل للديّان عليه «١». و لا يدلّان إلّا على أنه إذا قصد الفرار لم يصحّ، و هو ظاهر بناءً على اعتبار القربة، و لا إشكال إذا لم يعتبرها أيضاً؛ لورود النصّ به، من غير معارض مع تأيّده بالاعتبار، و أنّه إن لم يقصد الفرار و دبّر فى صحّة و سلامة صحّ التدبير [و لم يكن للديّان عليه سبيل حتّى يبطل تدبيره] «٢» فإنّ الديون إنّما تعلّقت الآن بذمّته، فكما يجوز له الإنفاق من عيّن ماله و إتلافه و لا سبيل عليه للديّان فكذا له التدبير، و هو ممّا لا نزاع فيه، و هو معنى مضيّه فى الخبر الأوّل، و هو لا يدلّ على أنّه بعد الموت ينفذ قبل الديون، و قد يحملان على أنه إذا دبّر واجباً بالنذر و شبهه و هو سالم من الدين ثمّ حدث الدين لم يكن عليه سبيل.

و لو دبّر جماعة فإن خرجوا من الثلث عتقوا و إلّا عتق من يحتمله الثلث. و يبدأ بالأوّل فالأوّل إن رتّبهم فى التدبير فإن جهل أو لم يرتّب فالقرعة كما مرّ فى العتق فى المرض.

و لو حملت بعد التدبير تبعها الحمل فى التدبير فإن خرجت هى و الأولاد من الثلث عتقوا و إلّا قسّط العتق عليهما أى القبيلتين فيعتق من كلّ واحد قدر ما يحتمله الثلث من جميعهم و سعى فى قسطه من الزيادة و لا يعيّن بعضهم للعتق بالقرعة أو لا بها لأنّهم جميعاً بمنزلة عبد واحد لم يحتمله الثلث و لا يقدّم عتق الأُمّ، فإن لم يفضل من الثلث شيء لم يعتق من الأولاد شيء، و إن فضل عتق منهم بالنسبة، فإنّ النصّ من الأخبار و الأصحاب إنّما دلّ على مساواة الأولاد لها فى التدبير. و ربّما يوهم أنّ خبر يزيد «٣» مشعر و عبارة النهاية و السرائر اعتبار الأولاد بعد الامّ.

---

(١) المصدر السابق: ح ٢.

(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ق و ن.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧۶ ب ۵ أنّ أولاد المدبّرة من المملوك مدبّرون ح ۴.

و يجوز الرجوع فى التدبير قولًا و فعلًا نصّاً و اتّفاقاً. و للعامّة قول بعدم الجواز قولًا.

فلو وهب و إن لم يقبض خلافاً للشافعية فى وجه أو أعتق أو وقف و إن لم يقبض أو أوصى به خلافاً للشافعى فى أحد قوليه أو باعه على رأى وفاقاً للطبريات و الانتصار و السرائر و الشرائع و النافع و موضع من المبسوط و الخلاف أو رهنه وفاقاً للمحقّق و أحد وجهى الشيخ و غيره كما مرّ فى الرهن بطل التدبير لتنافى المقتضيين؛ لاقتضاء الرهن مكان الاستيفاء منه و ما قبله الخروج عن الملك معجّلًا مطلقاً كان التدبير بأن علّق على مطلق الموت أو مقيّداً بموته من مرضه أو فى سفره و نحو ذلك. خلافاً لأبى حنيفة فإنّه أجاز الرجوع فى المقيّد.

و يصحّ العقد و الإيقاع فى كلّ ما ذكر و إن لم يرجع قبله فى التدبير لأنّها يكفى فى الرجوع، و لعموم ما دلّ على صحّتها مع ثبوت أنّ التدبير ممّا لا يمنع منها، و عموم الأخبار الخاصّة بالباب كقول الباقر (عليه السّلام) فى حسن محمّد ابن مسلم: هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه، و إن شاء أمسكه حتّى يموت «١».

خلافاً للوسيلة فلم يجز التصرف فيه إلّا بعد الرجوع و للتهذيب و الاستبصار فلم يجز البيع إلّا بعده، و للنهاية و الكامل و موضع من الخلاف على وجه، فإنّ عباراتها تحتمل غير ذلك.

ففى النهاية: و متى أراد المدبّر بيعه من غير أن ينقض تدبيره لم يجز له إلّا أن يعلم المبتاع أنّه يبيعه خدمته و أنّه متى مات هو كان حرّا لا سبيل له عليه. و فى الكامل: و من دبّر مملوكاً و أراد بيعه لم يجز له ذلك إلّا أن ينقض تدبيره أو يعلم المشترى أنّه يبيعه خدمته، و أنّه متى مات هو كان حرّا لا سبيل له عليه. و نحو منهما فى الخلاف.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبّر و عتقه ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج٨، ص: ٤٤٣

و هذه العبارات كما تحتمل ذلك تحتمل اشتراط البيع بقصد النقض، و أنّه لا يجتمع البيع و عدم انتقاض التدبير، إلّا أن يبيع الخدمة، أى إذا باع فالتدبير ينتقض به، إلّا أن يبيع الخدمة، كما قال ابن سعيد فى الجامع: و إذا أراد بيعه من دون نقض تدبيره أعلم المشترى أنّه يبيعه خدمته، و أنّه إذا مات تحرّر.

و على التقديرين فهو جمع بين الأخبار المثبتة للبيع و النافية له، و لمّا كان يحصل الجمع بالثالث، و بتخصيص أخبار النفى بالتدبير الواجب ضعف الأوّلان.

و يصحّ كلّما ذكر سواء قصد ببيعه أو غيره الرجوع فى التدبير أو لا لما عرفت من العمومات. خلافاً للنهاية و الخلاف و الكامل على ثانى الوجوه.

و هل يبطل التدبير بالعقود الفاسدة؟ الأقرب ذلك إن لم يعلم فسادها فإنّ المنافاة معلومة، فإذا اعتقد صحّتها فقد قصد النقض أو علم الفساد لكن قصد الرجوع فإنّه بمنزلة الرجوع القولى.

و يحتمل العدم ضعيفاً، لأنّها ليست من ألفاظ الرجوع، و إنّما يكون من أفعاله إذا صحّت، فإنّها مع الفساد لا مقتضى لها لينافى مقتضى التدبير فينقضه.

و قيل فى النهاية و التهذيب و الاستبصار و الكامل و موضع من الخلاف لا يبطل التدبير بالبيع إذا لم يرجع فيه أى في التدبير بنفس البيع أو قبله بل يمضى البيع حينئذٍ فى خدمته دون رقبته لقول علىّ (عليه السّلام) فى خبر السكونى: باع رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) خدمة المدبّر و لم يبع رقبته «١». و صحيح أبى بصير سأل الصادق (عليه السّلام) عن العبد و الأمة يعتقان عن دبر، فقال لمولاه: أن يكاتبه إنشاء، و ليس له أن يبيعه إلّا أن يشاء أن يبيعه قدر حياته، و أن يأخذ ماله إن كان له مال «٢». و خبر علىّ سأله (عليه السّلام) عن رجل أعتق جارية له عن دبر فى حياته، قال: إن أراد بيعها باع خدمتها حياته «٣». و لما كانت الخدمة منفعة مجهولة لا يتعلّق بها البيع

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٤ ب ٣ جواز إجارة المدبّر ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٧٤ ب ٣ جواز إجارة المدبّر ح ٢.

(٣) المصدر السابق: ح ٣.

و كان صرف البيع إلى بيع الخدمة كصرف بيع القطن مثلًا إلى بيع الصوف، بل أبعد أوّله ابن إدريس بالصلح، و في المختلف بالإجارة مدّة فمدّة حتّى يموت، و هنا بمعنى ملكية المشترى للرقبة ملكاً متزلزلة للانعتاق بموت المولى مع حياته، فيكون كمشروط العتق على المشترى و هو بخلاف تغاير جنس المبيع على إشكال في هذا التأويل، من موافقته للأُصول، و من مخالفته لظواهر الأخبار «١» و الأصحاب، و لزوم بقاء التدبير مع زوال الملك، و الانتقال إلى المولى بعد الموت أو في آخر جزء من الحياة، و بعد الموت لا يصلح للتملّك، و قبله إذا شرط على المشترى النقل إلى البائع بطل فكيف ينتقل بدون الشرط مع أنّه شرط مجهول؟! و لزوم تعليق البيع بمدّة الحياة.

و على كلّ تقدير فعندهما يتحرّر بموت مولاه، فحينئذٍ يثبت للمشترى الجاهل بالتدبير قطعاً أو بالحكم و هو الانصراف إلى بيع الخدمة على إشكال من الإشكال في عذر جاهل الحكم الخيار إن لم يتصرّف و يثبت له معه أي التصرّف الأرش و لو أعتق بموت المولى و لا بأس بالعمل بظاهر الأخبار «٢» و الفتاوى. و من صحّة بيع الخدمة هنا و استثنائها ممّا لا يصحّ بيعه من المنافع؛ للنصوص، و مساعدة الاعتبار من حيث كون المنافع هي المقصودة بالأعيان. و أمّا تنزيل بيع العين على بيعها فلا دليل عليه، و لا نعرف به قائلًا، فإنّهم إنّما ذكروا أنّه إنّما يجوز بيع الخدمة.

و هل له أي للمولى الرجوع في التدبير بعد البيع و نحوه من العقود اللازمة إن لم نقل بكونها رجوعاً؟ إشكال من الاستصحاب، و عموم ما دلّ على جواز الرجوع في التدبير. و من أنّه لما انتقل إلى الغير انتقالًا لا تزلزل فيه إلّا بالانعتاق عند موت المولى لم يجز له التصرّف فيه.

فإن قلنا به أي بجواز رجوعه في التدبير فلو باعه أو أمهره مثلًا

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧١ ب ١ جواز بيع المدبّر، و ص ٧۴ ب ٣ جواز إجارة المدبّر.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٧۴ ب ٣ جواز إجارة المدبّر.

ثمّ رجع في التدبير ففي العود أي عود الرقبة ملكاً مستقرّاً إلى المشترى أو الزوجة على هذا القول أي القول بأنّ شيئاً من هذه العقود ليس رجوعاً في التدبير إشكال، أقربه ذلك إن قلنا بالانتقال المتزلزل للعين، فإنّها إذا انتقلت إلى المشترى أو الزوجة لم يعد إلّا بناقل، و لا يصحّ له الرجوع في التدبير، و إنّما هو دافع للتزلزل موجب لاستقرار الملك.

و يحتمل العود إلى المولى تنزيلًا للرجوع في التدبير منزلة الانعتاق بالموت، و لأنّه إنّما انتقل إليه انتقالًا متزلزلًا، و لا دليل على حدوث استقرار الملك له.

و أمّا إن قلنا بأنّه لم ينتقل إلّا الخدمة فلا إشكال في العود إلى المولى، بل لا عود، و إنّما هو بقاء لما كان، و الخدمة للمشترى أو الزوجة ما حيى المولى، إذ لا ناقل لها عنهما.

و على الانتقال المتزلزل لو أعتقه المشترى قبل الرجوع من البائع في التدبير نفذ لكونه في ملكه، و عدم منافاته للتزلزل فيه و بطل حقّ البائع منه و هو لا يوجب عدم النفوذ، لأنّ التزلزل لم يكن لحقّه.

و لو دبّره المشترى صحّ لذلك، و لم يبطل تدبير البائع؛ لعدم التنافي، بل عتق بموت السابق منهما، فإن كان هو البائع عتق من الأصل لوصول العوض إليه و إن كان المشترى عتق من الثلث.

و لو دبّره البائع مريضاً فنقصت قيمته ثمّ باعه بقيمته مدبّراً و قصر الثلث عن التفاوت بين القيمتين كما لو لم يكن له غيره و كانت

قيمته ثلاثين و باعه مدبّراً بعشرة و هى قيمته مدبّراً و عاد قيمة الجزء منه أىّ جزء فرض بفسخ التدبير فيه أى كان بحيث إذا انفسخ التدبير فى جزء منه عاد إلى قيمته كما أنّه إذا انفسخ فى كلّه عاد إلى قيمته دخلها أى المسألة الدور عندنا معشر القائلين بأنّه إذا بطل البيع فى جزء من المبيع بطل فى مقابله من الثمن مطلقاً ربويا و غيره و عند الشيخ المخصّص لذلك بالربوى القائل بأنّ بيع المريض إذا اشتمل على محاباة لا يفى بها الثلث بطل البيع فيما زاد

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۸، ص: ۴۴۶

عليه، و لم يبطل من الثمن شيء، بل كان للمشترى بالثمن مساويه من المثمن و ما يفى به الثلث من المحاباة، و إنّما تساوى المذهبان هنا لوقوع الشراء هنا بالقيمة بلا محاباة فلا يمكن فسخ البيع فى جزئه أى المبيع مع بقاء ثمنه؛ لاشتماله أى البيع حينئذٍ على غبن المشترى فلا بدّ من أن يبطل من الثمن ما يقابل ما بطل فيه التدبير، فتوقّف العلم بكلّ ممّا صحّ فيه التدبير و ما بطل فيه و التركة على العلم بالآخرين، فإنّه إذا بطل التدبير فى جزء عاد إلى قيمته، فيزيد التركة، فيتوقف العلم بالتركة على العلم به، و لا يعلم كمّية ما بطل فيه التدبير إلّا إذا علم كمّية التركة، فإنّه لا يبطل إلّا فيما زاد على ثلثها، و كذا لا يعلم ما صحّ فيه التدبير إلّا إذا علم مقدار التركة، و لا يعلم إلّا إذا علم ما صحّ فيه البيع، و هو ما صحّ فيه التدبير ليعلم ما انتقل إليه من الثمن.

و طريقه أى طريق تحصيل العلم بكلّ من ذلك ما مرّ فى أمثاله فى الوصايا بأن نقول: بطل البيع فى شيء من العبد و شيء من الثمن، فللمولى شيء من العبد و عشرة إلّا شيئاً من الثمن، و الكلّ يعادل عشرين، و ما عاد إليه من العبد فى تقدير ثلاثة أشياء لبطلان التدبير فيه. و فرض أنّ كلّ جزء منه قبل التدبير كثلاثة أمثاله بعده فيجبر منها العشرة إلّا شيئاً يصير عشرة و شيئين يعادل عشرين، فالشيئان يعدل عشرة، فالشيء خمسة، فما عاد إليه من العبد خمسة و هى نصفه، و إذا انفسخ تدبيره صار خمسة عشر و من الثمن خمسة، و المجموع عشرون هى ثلثا التركة. أو نقول صحّ البيع فى شيء من العبد بشيء من الثمن، فللمولى عبد إلّا شيئاً و من الثمن شيء، و الشيء الّذى صحّ فيه البيع بمنزلة ثلاثة أشياء، لأنّه يحسب على العبد ما نقص من الثمن بالتدبير، فردّ عليه الشيء من الثمن، فله العبد إلّا شيئين، و العبد كان ثلاثين فماله يعادل عشرين، و الشيئان يعادلان عشرة، فالشيء خمسة، فصحّ البيع فى خمسة من العبد هى نصفه بخمسة من الثمن، و عاد إلى المولى نصف العبد مع خمسة من الثمن، و الكلّ عشرون.

و لا يشكل بتقسيط الثمن على العبد بالسويّة هنا مع تفاوت قيمة

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج۸، ص: ۴۴۷

الجزءين أى الّذى صحّ فيه البيع و الّذى بطل فيه، فإنّه المفروض، و من البيّن أنّ الثمن إنّما يقسط بالسويّة إذا تساوت أجزاء المبيع قيمة لأنّه إذا بطل البيع فى جزء يبطل من الثمن ما لو صحّ البيع فى ذلك الجزء لكان الباطل من الثمن ثمناً له.

فالتقسيط إنّما يعتبر بصحّة البيع، و بالصفة التى له مع صحّة البيع «۱» و هو أى التقسيط هنا اعتبر كذلك للتساوى بين الأجزاء بهذين الاعتبارين فإنّ الزيادة إنّما حصلت هنا باعتبار بطلان البيع و انفساخ التدبير، و إنّما تفاوتت الأجزاء لاعتبار الصحة فى جزء و البطلان فى آخر، و اعتبار التدبير الّذى هو الصفة حال صحّة البيع فى جزء و انفساخه فى آخر.

و لو لم تعد قيمة الجزء بانفساخ التدبير فيه خاصّة فإن قلنا بصحّة التدبير و إجرائه مجرى الإتلاف دون التصرّف كما مرّ احتماله صحّ التدبير و البيع فى الجميع فالتدبير لكونه كالإتلاف و البيع لانتفاء الفائدة بانفساخه لعدم عود أزيد من العشرة إلى الورثة و قد حصلت بالبيع.

و إن قلنا ببطلانه أى التدبير لكونه تصرّفاً فيما زاد على الثلث فإن لم تعد القيمة مع التشقيص بالبيع أى كان التشقيص بالبيع أيضاً منقّصاً للقيمة موجباً للتصرّف فى الزائد على الثلث بطلا أى البيع و التدبير معاً و إن عادت القيمة بتشقيص البيع أى معه دون التدبير أى كان التدبير منقّصاً للقيمة، و تساوى مع الكلّ و البعض فى عدم إيجابه نقصاً فيها. فالأقوى صحّتهما معاً و إجراؤه أى

مجموعهما أى بيعه مدبّراً، أو بيعه أو تدبيره مجرى تدبير الشريك للمريض حصّته الموجب لنقص قيمة المجموع، فإنّه إذا صحّ البيع و قد ابتاعه مدبّراً فكأنّه الّذى دبّره، و لمّا لم يوجب البيع نقصاً فى القيمة صحّ فى الكلّ، و لمّا صحّ صحّ التدبير، لأنّه باعه مدبّراً، و لمّا لم يكن

---

(١) فى ق: «المبيع».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۴٨

فرق بين تدبير الكلّ و تدبير البعض فى النقص صحّ فى الكلّ، و لم يبطله ما أوجبه من النقص.

و يحتمل بطلانهما معاً إن قلنا بردّ الملك إلى المشترى إذا باعه مدبّراً مع رجوع المالك فى التدبير بناءً على الانتقال المتزلزل كما عرفت، و ذلك لانتقاله حينئذٍ إلى المشترى مدبّراً، فيلزم من صحّة البيع صحّة التدبير كالبيع بشرط العتق، و لأنّه لا فائدة لإبطال التدبير لردّ الملك إلى المشترى، و التدبير باطل لكونه تصرّفاً فيما زاد على الثلث، فيبطل البيع أيضاً.

و احتمال صحّتهما على هذا التقدير باقٍ نظراً إلى ما تقدّم من انتفاء المانع من صحّة البيع فيصحّ، و يلزم منه صحّة التدبير.

و الحاصل أنّ التدبير بنفسه باطل، بناءً على كونه تصرّفاً فى الزائد على الثلث و البيع بنفسه صحيح، لأنّه لا يستلزم محاباة و تصرّف فى الزائد، فإذا اجتمعا كما فى المسألة احتمل سريان صحّة البيع إلى التدبير فيصحّا، و العكس فيبطلا.

و إن قلنا بعود الملك إلى البائع إن باع مدبّراً ثمّ رجع فى التدبير احتمل بطلان التدبير لاستلزامه التصرّف فى أكثر من الثلث، و عدم استلزام صحّة البيع لصحّته و صحّة البيع لكونه فى خدمته و لكن من الثلث مع المحاباة فيها فإن زادت على الثلث استخرجت بالجبر فيرجع المدبّر عيناً و خدمة إلى الورثة بعد الموت؛ لانصراف البيع إلى خدمته حال حياة المولى مع بطلان التدبير. و احتمل بطلانهما، لأنّه إنّما باع خدمته مدبّراً. و صحّتهما؛ لاستلزام صحّة هذا البيع صحّة التدبير.

[تنبيه]

تنبيه الولاء على قول الشيخ بعدم إبطال البيع التدبير و انصرافه إلى الخدمة للبائع إذا بقى المملوك إلى أن مات، و لم ينفسخ تدبيره بشىء. أمّا إن فسّرنا كلام الشيخ بالانتقال المتزلزل فيحتمل أن يكون كذلك لاستناد العتق إلى التدبير، و أن يكون للمشترى لكونه كمشروط العتق، و الأوّل هو الوجه. و على بطلان

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۴٩

التدبير فلا إشكال فى انتفاء الولاء ما لم يطرأ عليه عتق آخر.

فإن أعتقه المشترى فعلى القول بالانصراف إلى الخدمة لا يصحّ، و أمّا على الانتقال المتزلزل أو المستقرّ فالولاء له، و لو دبّره المشترى فالولاء لمن انعتق بموته فإن قلنا بالانتقال المتزلزل فأيّهما سبق موته فالولاء له، و إن قلنا بالمستقرّ بطل تدبير البائع فلا ولاء له، و إن صرفنا البيع إلى الخدمة بطل تدبيره فلا ولاء له.

و لو أنكر التدبير لم يكن رجوعاً و إن حلّفه العبد المدعى له أمّا إذا كان عتقاً بصفة فظاهر، و أمّا إن كان وصيّة فكذلك كما فى المبسوط و غيره؛ لعدم دلالته عليه بشىء من الدلالات مع الاستصحاب و تغليب الحرّيّة.

و كذا إنكار الوصيّة و الوكالة و البيع الجائز ليس رجوعاً، و قد مرّ منه الاستشكال فى الوصيّة و الوكالة مع العلم بخلاف إنكار الطلاق فإنّه رجوع كما عرفت، للنصّ الصحيح و الاتّفاق كما يظهر منهم، و لتضمّنه التمسّك بالزوجيّة الّذى هو الرجعة.

و لو ضـمّه المريض مع العتق المنجز قدّم العتق كسائر المنجّزات و إن ضـمّه مع الوصيّة بالعتق احتمل تقديمه لكونه عتقاً، و كون تلك وصيّة به، أو لتوقّف العتق الموصى به على الإعتاق من الوارث بعد الموت و حصول العتق فيه أى التدبير بالموت من غير إعتاق فله السبق على الأوّل و احتمل تقديم السابق منهما لكونهما وصيّتين، مع عموم ما دلّ على تقديم السابق من الوصايا.

و لو قال له المولى: «إن أدّيت إلى ورثتى كذا فأنت حر» كان رجوعاً عن التدبير لاقتضائه العتق بالموت من غير توقّف على أمر آخر.

و ليس الرجوع فى تدبير الحمل رجوعاً فى تدبير الحامل و لا بالعكس لانفصال كلّ عن الآخر، و الأصل عدم الدلالة بشىء من الدلالات. و وافقنا عليه من ذهب من العامّة إلى تبعية الحمل فى التدبير، و لكن منهم من

لا يرى الرجوع إلّا بالفعل فلا يمكن عنده الرجوع فى الحمل خاصّة.

و إذا استفاد المدبّر مالًا فى حياة مولاه فهو لسيّده لبقاء الرقّ و إن كان بعده فإن خرج المدبّر من ثلث التركة سوى الكسب فالكسب له لتحرّره بتمامه و إلّا كان له منه بقدر ما يتحرّر منه و الباقى للورثة و لا دور هنا، لأنّ ما للورثة من كسبه ليس من التركة.

و لو ادّعى الوارث سبق الكسب على الموت و العبد تأخّره عنه قدّم قوله للأصل و اليد فإن أقاما بيّنة قدّمت بيّنة الوارث بناءً على تقديم بيّنة الخارج.

هذا إن خرج المدبّر من الثلث، و لو لم يخلّف المولى سواه و كانت قيمته ثلاثين و كان الكسب ستّين ضعف قيمته قدّم قول العبد أيضاً للأصل و اليد، و يظهر الفائدة فى النماء و فيما لو نقصت قيمته بعد الموت، و إلّا فعلى التقديرين يحوز الوارث جميع الكسب، أمّا على السبق فظاهر، و أمّا على التأخّر فلأنّ العبد يفكّ جزء الرقّ بماله من كسبه، لأنّ الرقّ منه ثلثاه، و ماله من كسبه الثلث.

و مع تقدّم قول المدبّر بيمينه، و الحكم بتأخّر الكسب و انحصار التركة فى العبد يحسب على الورثة ما يصل إليهم من الكسب من التركة أخذاً لهم بإقرارهم فيعتق من المدبّر فى الصورة المفروضة، و هى أن يكون قيمته ثلاثين و الكسب ستّين سبعة أتساعه، أمّا الثلث فقبل وصول الكسب، و أمّا أربعة أتساعه فلأنه إذا حلف على التأخّر كان له عشرون و للورثة أربعون، فإذا وصل إليهم الأربعون عتق منه بقدر ثلث الأربعين بإقرارهم، و هو أربعة أتساع الثلاثين.

و هل للعبد بالجزء الّذى انعتق بإقرارهم مقابله من كسبه فيه إشكال، ينشأ من إجراء إقرار الورثة المستلزم لأن ينعتق منه بقدر ثلث ما يصل إليهم من الكسب مجرى الإجازة لعتق الزائد على الثلث لاشتراكهما فى إيجاب العتق، بل الإقرار أولى، فإنّه إقرار بعتق سابق واجب غير متوقّف على

رضاهم، و الإجازة تفضّل منهم و كشف عن عتق موقوف على رضاهم أولا- لتباينهما، و للزوم الجمع بين المتنافيين من سبق الكسب و تأخّره، لبناء التحرّر بقدر ثلث ما يصل منه إليهم على السبق، و استحقاقه مقابل ما تحرّر منه على التأخّر، و هو الأقوى لذلك، و لاتّفاقه مع الورثة على أنّه لا يستحق أزيد من الثلث فعلى الأوّل يدخلها أى المسألة الدور لتوقّف معرفة كلّ من قدر ما يتحرّر منه، و ما للورثة من الكسب على الآخر، فإنّه يتحرّر منه بقدر ثلث مالهم منه، و لا- يعلم قدر مالهم إلّا إذا علم قدر ما للمدبّر، و لا يعلم إلّا إذا علم قدر المتحرّر منه.

فنقول عتق منه شىء و له من كسبه شيئان لكونه ضعفه و للورثة شيئان من نفسه و كسبه ضعف ما انعتق منه فالعبد و كسبه اللذان

هما تسعون فی تقدیر خمسة أشیاء، فالشیء خمس التسعین و هی ثمانیة عشر، فله من نفسه ثمانیة عشر و هی خمس التسعین و ثلاثة أخماس نفسه و من کسبه ضعف ذلک و للورثة من نفسه و کسبه جمیعاً ستّة و ثلاثون من کلّ خمساه، فمن المدبّر اثنی عشر، و من کسبه أربعة و عشرون و علی الثانی لا دور، بل للورثة من الکسب أربعون و یعتق من المدبّر سبعة أتساعه فثلاثة بلا نظر إلی الکسب، و أربعة أتساعه أخذاً للورثة بإقرارهم، فإنّها ثلث الأربعین.

و له من کسبه عشرون ثلث الستّین.

و منه یستخرج حکم ما قصر الکسب فیه عن ضعفه أو زاد علیه أو خلّف المولی شیئاً معه أقلّ من ضعفه، فلو کان المدبّر ثلاثین و کسب ثلاثین مثلًا و جاء الدور قلنا: عتق منه شیء و له من کسبه شیء و للورثة شیئان، فالشیء ربع الستّین خمسة عشر و هی النصف و له من الکسب مثلها و للورثة من نفسه و کسبه ثلاثون، و إن لم یکن دور کان للعبد ثلث الکسب و هو عشرة، و العشرون الباقیة للورثة و هی مع قیمة المدبّر خمسون، فینعتق منه ثلثها ستّة عشر

و ثلثان و هی خمسة أتساع العبد و للورثة من نفسه و کسبه ثلاثة و ثلاثون و ثلث. و لو ساوی المدبّر ثلاثین و کسب ثلاثین و خلّف المولی ثلاثین فعلی الأوّل عتق منه شیء و له من الکسب شیء و للورثة من المدبّر و کسبه و المخلّف شیئان، فالشیء ربع التسعین، فیتحرّر منه اثنان و عشرون و نصف و له من الکسب مثلها، یکون المجموع خمسة و أربعین و للورثة من المدبّر و الکسب و المخلّف خمسة و أربعون ثلاثون هی المخلّف، و من کلّ من المدبّر و کسبه سبعة و نصف. و علی الثانی یعتق کلّه و یکون الکسب کلّه للورثة کالمخلّف.

و إذا جنی علی المدبّر بما دون النفس فالأرش و القصاص للمولی کالقنّ و التدبیر باقٍ، و لو قتل بطل التدبیر، و لا یلزمه شراء مملوک آخر بقیمته، و تدبیره کما یقال للوقف، و الفرق ظاهر، فإنّ الغرض من الوقف مصلحة الموقوف علیه و هو باقٍ، و الغرض من التدبیر مصلحة المدبّر و یأخذ المولی من القاتل إن کان حراً أو مخطئاً قیمته مدبّراً إن لم یجز بیعه أو لم یکن رجوعاً و إلّا لم یفترق الحال.

و لو قتله عبد عمداً قتل به إن شاء مولی المقتول و ساواه فی القیمة أو قصر عنه، و لا یقتل الحرّ، و لا من تحرّر بعضه به لأنّه لم یتحرّر منه شیء.

و لو جنی المدبّر تعلّق أرش جنایته برقبته کالقنّ و للمولی فکّه بأرش الجنایة علی قول و الأقرب بأقلّ الأمرین من الأرش و القیمة کما سیأتی فیبقی علی التدبیر.

و لو لم یفکّه بل باعه فیها أی الجنایة أو سلّمه إلی المجنیّ علیه أو ولیّه انتقض تدبیره إن استغرقت الجنایة قیمته و سیأتی فی الجنایات الخلاف فیه و إلّا بطل تدبیره ما خرج عن ملکه منه و قال الشیخان و الصدوق و أبو علیّ: إنّ له أن یدفعه إلی أولیاء المقتول، یخدمهم حتّی یموت المولی ثمّ یستسعی فی قیمته.

قیل فی الشرائع و لمولاه أن یبیع خدمته إن ساوت الجنایة فیبقی علی تدبیره و هو الوجه، سواء أجزنا بیع الخدمة أو حملناه علی الصلح أو الإجارة و له أن یرجع فی تدبیره و بیعه اتّفاقاً فیبطل التدبیر، و کذا لو باعه ابتداءً قبل الرجوع علی المختار کما تقدّم.

و لو مات المولی قبل افتکاکه و قبل تملّک المجنیّ علیه له انعتق لسبق سببه و تغلیب الحرّیة. و للعامّة قول بقیام الوارث مقام المولی.

و علی الأوّل ثبت أرش الجنایة فی رقبته أو ماله لا فی ترکة مولاه کما فی المبسوط إجراءً له مجری إعتاق الجانی و لا علی

الوارث و إن كانت الجناية خطأ لانعتاقه قبل أخذ الأرش.

و لو دبّر عبدين و له دين بقدر ضعفهما و لم يخلّف غير ذلك، فما لم يستوف الدين لم يعتق منهما إلّا ثلثهما. و للعامّة قول بأن لا يعتق منهما شيء و لا يشاع فيهما بل عتق ممّن تخرجه القرعة منهما قدر ثلثهما و كان الباقى إن بقى منه شيء و الآخر بتمامه إن وفى الأوّل بالثلث، و إلّا فما بقى من الآخر موقوفاً، فإذا استوفى من الدين شيء كمل من عتق من أخرجته القرعة إن بقى منه شيء قدر ثلثه أى ثلث ما استوفى من الدين، و إن فضل قدر ثلثه على من أخرجته و إن ما فضل عتق من الآخر، و هكذا حتّى يعتقا معاً أو مقدار الثلث أى ثلث التركة الّتى هى مجموعهما و ما استوفى من الدين منهما جميعاً أو من أحدهما.

و لو تعذّر استيفاؤه رأساً لم يزد العتق على قدر ثلثهما، و لو خرج من وقعت القرعة له مستحقّاً بطل العتق فيه و عتق من الآخر ثلثه لانحصار التركة الحاضرة فيه، ثمّ كلّما استوفى من الدين شيء عتق منه بقدر ثلثه و هكذا.

و لو دبّر عبداً و له دين بقدره عتق ثلثه و رقّ ثلثه و وقف ثلثه إلى الاستيفاء.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏8، ص: 454

و لو دبّر عبداً و كان له ابنان فقط و له على أحدهما ضعف قيمته عتق من المدبّر ثلثاه، لأنّ حصّة المديون من الدين كالمستوفى و سقط عنه من الدين نصفه، لأنّه قدر حصّته من الميراث، و يبقى منه للآخر النصف، و كلّما استوفى منها أى من حصّته من الدين شيئاً عتق قدر ثلثه فإذا استوفى الكلّ انعتق الكلّ.

و لو كان الضعف ديناً عليهما بالسويّة عتق الكلّ و لا شيء لأحدهما على الآخر و لو كان عليهما لكن تفاوتا فيه فبالنسبة إلى ما على كلّ منهما و يقف الباقى على الاستيفاء.

و لو قتل المدبّر مولاه احتمل بطلان تدبيره مقابلة له بنقيض مقصوده كالوارث يمنع من الإرث إذا قتل لذلك و لأنّه أبلغ من الإباق و قد مرّ أنّه يبطله، و الأقوى العدم؛ للأصل، و تغليب الحرّية، و منع القياس و الأولويّة أمّا أُمّ الولد فلا احتمال لعدم انعتاقها إذا قتلت المولى لأنّها إنّما تعتق من نصيب ولدها فشبهها بالوارث أبعد من شبه المدبّر، فإنّه ينعتق من مال المولى.

[تنبيه]

تنبيه:

قيمة المدبّر تعتبر من الثلث حين الوفاة سليماً من التدبير فلا يعتق الكلّ إلّا إذا لم يزد قيمته سليماً من التدبير على الثلث، و إنّما تتفاوت القيمة بالتدبير و عدمه لو لم يبطل التدبير بالبيع فيحسب نقصان الجزء الّذى بطل التدبير فيه للزيادة على الثلث الحاصل ذلك النقصان بالتشقيص لو فرض حصوله عليه أى المدبّر، فلا يعتق و لا ثلثه إلّا إذا وفى الثلث به على إشكال من أنّه لمصلحته، و من بقاء عين ذلك الجزء، و أنّ النقص الطارئ عليه كنقص القيمة السوقيّة و كالإتلاف.

و لو لم يملك سواه و كانت قيمته سليماً ثلاثين و مدبّراً عشرة و لم يرجع قيمة الجزء ببطلان التدبير فيه احتمل بطلان التدبير رأساً

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏8، ص: 455

لاستلزامه التصرّف بالوصيّة أو حكمها فى أكثر من الثلث كما تقدّم فى العتق فى المرض بل البطلان فيه أظهر من البطلان فى العتق فى المرض لكونه منجزّاً.

و احتمل الصحّة فيفرض النقص كالإتلاف فيعتق ثلثه باعتبار قيمته الآن و مع البطلان لو أجاز بعض الورثة نفذ العتق فى حقّه من

الأصل، و فى حقّ باقى الورثـة من الثلث، و النقص حينئـذٍ كالتالف قبل موت المولى قطعاً، فلا يوجب بطلان التدبير، فإنّه كما لو دبّر أحـد الشريكين فأوجب النقص فى الكلّ، بل و هو أى إجازة بعض الورثـة أقوى من ابتـداء التـدبير من الشـريک لنفوذه أى التـدبير من الأصـل بالنسبة إليه أى المجيز إن كـان صـحيحاً أى لم يكن فى مرض موته و لتـأثيره فى العتق معجّلًا فيلزم، بخلاف التـدبير لجواز الرجوع فيه، و أيضـاً المعجّـل أقـدم من المعلّق بـالموت و يعتبر خروج قيمته مـدبّراً من الثلث فى حقّ غير المجيز لا سليماً لما عرفت من إيجاب الإجازة كون النقص كالتلف قبل موت المولى، [و خصوصا إذا كانت الإجازة فى حياة المولى] «۱».
فلو كان للميّت سوى المدبّر الّذى كان يساوى قبل التدبير ثلاثين و بعده عشرة عشرون عتق كلّه بإجازة بعض الورثة لخروجه من الثلث [و قـد يقال: إنّ الإجازة و إن أوجبت كون النقص كالإتلاف قبل الموت لكنّها لا توجب نفوذه التـدبير فى حقّ غير المجيز إذا كانت موته بعـد المولى لحـدوثها بعـد انتقال العين إلى الورثة، و غايتها أن يكون كتدبير الشـريک، و هو إنّما يوجب النقص دون التدبير فى حقّ شريكه، و لا يجدى سبق السبب و هو تدبير المولى] «۲».
و لو كـان المجيز مريضـاً فإجـازته كابتـداء تصـرّفه، فلو لم يكن له سواه أى سوى حصّـته من المـدبّر بطلت الإجـازة على تقـدير البطلان للتدبير الموجب لنقص أكثر من الثلث.

---

(۱) ما بين المعقوفين ليس فى ق و ن.
(۲) ما بين المعقوفين ليس فى ق و ن.

و لو انحصـر الوارث فى المجيز و آخر و تساويـا فى الإرث و كـان له أى للمجيز مع مـاله من شـقص المـدبّر ما يزيـد على قـدر التالف عليهما بسـبب الإجازة و هو هنا عشرون بجزء ما و إن قلّ صحّت إجازته من الثلث أى ثلث تركته، فإن كان له فى الصورة المفروضة ستّة عشر سوى ماله من شـقص المدبّر صحّت و نفذت فى الثلث و هو عشرة و ثلث ليبقى للورثة ثلثاها أى عشرون و ثلثان فيعتق من المدبّر ثلث دينار، فإنّه لمّا أجاز فى حصّـته و هى النصف أى خمسة عشر ديناراً فقد فوّت على ورثته عشرة بسبب نقص القيمة و انعتق منه ثلث دينار ليبقى من النصف أربعة و ثلثان لينضمّ إليه السـتّة عشر الّتى له ممّا عدا الشقص فيكمل عشرين و ثلثين و هى ثلثا التركـة، بخلاف ما إذا لم يكن له ما سوى الشـقص إلّا بقدر التالف فإنّه لا ينعتق حينئذٍ منه شـى‌ء، لأنّه لو انعتق منه شى‌ء لم يبق لوارثه ثلثا تركته.
و أمّا إن ورث المولى ابن و بنت فإن أجاز الابن لم يصـحّ إلّا إذا كان له فى الصورة المفروضـة أربعون و شـى‌ء كأحـد و أربعين مثلًا فإنّ حصّـته من المدبّر ثلثاه و هى عشـرون، فإذا أجاز التدبير فى حصّته فوّت على نفسه ثلاثة عشر و ثلثا لنقص القيمة، و صحّ التدبير فى ثلث دينار ليبقى لورثته ثلثا تركته و هى سبعة و عشـرون و ثلث، و لو لم يكن له إلّا أربعون لم يصحّ التدبير فى شى‌ء، و إن أجازت البنت لم يحتج الصـحّة إلّا إلى أن يكون لها ثلاثة عشر و ثلث و جزء فإنّها تفوّت على نفسها لنقص القيمة بالإجازة ستّـة و ثلاـثين و ضـعفها ثلاثـة عشـر و ثلث، فإذا زاد جزء صـحّ التـدبير فى ثلثه، فكان الصواب أن يجعل الضابط فى الصـحّة أن يكون ما يزيد على ضعف التالف عليه.
و يعتبر فيمـا نفـذت فيه الإجـازة قيمته الاـولى لكونهـا سـبب البطلاـن فى التـدبير إن لم يخلّف المولى سواه، و فى الإجازة إن لم يخلّف المجيز سواه، و كلامنا على تقدير البطلان على إشكال.
ينشأ من لزوم الدور إن اعتبرت أى لزوم نفيها من إثباتها

إذ بإجازته ينفذ التدبير فی حصّة الآخر من الثلث فيعتق جزء ما من حصّة الآخر، فيسقط اعتبار القيمة الأولى بالنسبة إلى غير المجيز لتحقّق النقص بإجازة المجيز و بالنسبة إليه أی المجيز أيضاً لأنّ النفوذ فی حصّة غيره يستلزم النقص فی حصّته.
و من أنّ اعتبار القيمة الأُولى أصل ترتّب هذه الأحكام ففی المثال المفروض أعنی أن يكون له سوى الشقص ستّة عشر إن اعتبرت القيمة الأُولى لم ينعتق من المدبّر إلّا ثلث دينار كما عرفت، و إن اعتبرت الثانية انعتق منه تمام النصيب لكونه أقلّ من الثلث، فإنّ المعتبر حينئذٍ ثلث إحدى و عشرين و هو سبعة و نصيبه منه خمسة.
و يحتمل إذا لم يكن له أی المجيز مال سوى الشقص من المدبّر على تقدير البطلان للتدبير فضلًا عن تقدير الصحّة فی ثلث نصيبه و إن استلزم التفويت على ورثته لأزيد من الثلث باعتبار القيمة إذ نفوذ إجازته فی ثلث حصّته يستلزم نفوذ العتق فی جزء ما من حصّة الآخر و هو ثلثها لما عرفت من تنزّل الشقص بالإجازة منزلة التالف قبل الموت و لم يعيّن الثلث، لأنّ المستلزم لعدم اعتبار القيمة الاولى فی حقّ المجيز نفوذه فی جزء ما منه أيّاً ما كان، و قد عرفت الاستلزام، و إذا لم يعتبر القيمة الأُولى لم يعتبر الثلث إلّا من الثانية على إشكال فی الحكم بالصحّة.
ينشأ ممّا ذكر، و من استلزامه توقّف الشیء على نفسه، إذ الصحة متوقّفة على عدم اعتبار القيمة الأُولى المتوقّف على نفوذه فی جزء من حصّة الآخر المتوقّف على الصحّة.
أمّا لو أجاز الوارث الآخر الصحيح صحّت إجازة الأوّل المريض من الثلث بقيمته الآن قطعاً لما عرفت من تنزيل إجازة بعض الورثة النقص منزلة التالف قبل الموت.
كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨، ص: ۴۵٨

[المقصد الثالث فی الكتابة و فيه ثلاث فصول]

اشارة

المقصد الثالث فی الكتابة أی المكاتبة، سمّيت بها لكتب كتاب بينهما بالعتق إذا أدّى النجوم، أو لإيجاب المولى على نفسه ذلك من كتب أی أوجب، أو لنظم النجوم و جمعها.
و فيه فصول ثلاثة:

[الفصل الأوّل فی ماهيّة الكتابة]

الأوّل فی ماهيّة الكتابة و هی معاملة مستقلّة بنفسها ليست بيعاً للعبد من نفسه كما قاله التقیّ و ابنا زهرة و إدريس و علیّ بن إبراهيم فی ظاهر تفسيره، فإنّ الشیء لا يملك نفسه إلّا مجازاً و لا عتقاً بصفة كما قاله بعض العامّة لجوازه عند من منع العتق بالصفة.
فلو باعه نفسه بثمن مؤجّل ففی الصحّة نظر ممّا عرفت من أنّ الشیء لا يملك نفسه، و من كون الكتابة هو بيعه من نفسه كذلك، و هو خيرة المبسوط. و أمّا حالّا فلا يجوز إلّا على القول بجواز الحلول فی المكاتبة.
و هی عقد لازم من الطرفين وفاقاً للمحقّق لأنّه الأصل فی العقود لإيجاب الوفاء بها إلّا إذا كانت مشروطة و عجز العبد فيجوز للمولى فسخها.
و قيل فی الخلاف: إنّها لازمة من طرف المولى جائزة من طرف العبد، بمعنى أنّ له تعجيز نفسه مطلقاً و عنده كان للمولى

الفسخ، و استدلّ بالأخبار و الإجماع

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۵۹

على أنّ له الفسخ إذا عجز المشروط. و لهذا الدليل حمل فى التحرير و المختلف على جواز المشروطة خاصّة، و قد يستدلّ على الجواز من طرفه مطلقاً بأنّ الحظّ للمملوك و صاحب الحظّ بالخيار، و بأنّ المكاتبة يتضمّن تعليق العتق بصفة يأتى بها المملوك، و لا يلزمه الإتيان بها، و عليهما منع ظاهر.

و قيل فى المبسوط و السرائر إن كانت مشروطة كانت جائزة من جهة العبد، لأنّ له تعجيز نفسه، و ليس بمعتمد للمنع إذ يجب عليه السعى إذا أمكنه و يجبر عليه إن امتنع.

و فى الوسيلة: جواز المشروطة من الطرفين و المطلقة من طرف المملوك.

و لو اتّفقا على التقايل صحّ كسائر المعاوضات و إن كانت فيه شائبة العبادة بالعتق الّذى لا يقبل التقايل.

و لو أبرأه من مال الكتابة برئ و انعتق بالإبراء لأنّه بمنزلة القبض، و كذا إن أبرأه من بعضه انعتق بحسابه إن كان مطلقاً.

و لا يثبت فيها خيار المجلس و لا خيار الحيوان، و يلزم القائلين بكونه بيعاً أن يثبتوا فيه الخيارين، إلّا أن يدلّ دليل على الاستثناء.

و ليست واجبة باتّفاق أكثر أهل العلم و إن طلبها المملوك بقيمته أو أكثر بل مستحبّة و عن الصادق (عليه السّلام): أربع من اللّه عزّ و جلّ تعلّم ليس بواجب قوله: «فَكاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً» فمن شاء كاتب رقيقه و من شاء ترك، و قوله: «وَ إِذا حَلَلْتُمْ فَاصْطادُوا» فمن شاء اصطاد إذا حلّ و من شاء ترك، و قوله: «فَكُلُوا مِنْها وَ أَطْعِمُوا الْقانِعَ وَ الْمُعْتَرَّ» فمن شاء أكل من أضحيّته و من شاء لم يأكل، و قوله: «فَإِذا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَ ابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللّهِ» فمن شاء انتشر و من شاء جلس فى المسجد «١».

و إنّما يستحبّ مع الأمانة و الاكتساب لاشتراطه فى الآية «٢» بأن يعلم

---

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٠٩ ح ١١۶۶.

(٢) النور: ٣٣.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۶۰

فيهم خيراً و هو يحتملهما، و الأصل العدم ما لم يجتمعا، و ظاهر المبسوط الاتّفاق عليه، و الحمل عليهما حمل للمشترك على معنى فرديه، و لقول الصادق (عليه السّلام) فى صحيح الحلبى فى تفسيره: إن علمتم ديناً و مالًا «١». ثمّ الاستحباب ثابت بالاعتبار من غير نظر إلى الآية.

و يتأكّد مع سؤال المملوك لها؛ لظهور الآية فى الوجوب، و انضمام قضاء الحاجة إلى ما تسبّب لاستحبابها قبل السؤال. و عن بعض العامّة وجوبها مع السؤال لظاهر الآية.

و لو فقد الأوّلان أو أحدهما صارت مباحة و إن سألها؛ للأصل مع ضعف المرجّح لها حينئذٍ، و لكن اقتصر فى كثير من الأخبار على تفسير الخير بالمال، و الدين فى صحيح الحلبى يحتمل الإيمان، كما فى الصحيح عن محمّد بن مسلم عن الصادق (عليه السّلام) قال: الخير أن يشهد أن لا إله إلّا اللّه و أنّ محمّداً رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله) و يكون بيده عمل يكتسب به أو يكون له حرفة «٢». و كرهها فى المبسوط مع انتفائها.

و لا يصحّ من دون الأجل على رأى الأكثر استصحاباً للرقّ و اتّباعاً للمعروف فيه، و لمدلول لفظها إن أخذت من الكتابة، أو انضمام النجوم بعضها إلى بعض، و لأنّه الآن لا يملك شيئاً.

و خلافاً للخلاف و السرائر و الجامع لإطلاق النصوص، و جواز اقتراضه و قبوله الهبة و الوصيّة فى الحال، و سيأتى منه اختياره.

و لا بدّ فيها من إيجاب و قبول و عوض و سيأتى ما تعلّق بكلّ منها.

و هى إمّا مطلقة أو مشروطة، فالمطلقة أن يقتصر فيها على العقد مثل كاتبتک على أن تؤدّى إلىّ كذا فى شهر كذا فيقول: قبلت، فيقتصر فيها على العقد، و فى ضمنه الأجل و العوض و النيّة أى القصد إلى معنى

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۳ ب ۱ من أبواب المكاتبة ح ۱.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۴ ح ۵.

الصيغة، و هو التحرّر إذا أدّى العوض، فكلّما أدّى شيئاً انعتق منه بحسابه.

و المشروطة أن يضيف إلى ذلک قوله، فإن عجزت عن الأداء كلّا أو بعضاً، و قال المفيد أو الطتت به فأنت ردّ فى الرقّ و هذا ممّا اتّفق عليه الأصحاب و نطقت به الأخبار «۱» مع عموم كون المؤمنين عند شروطهم، و عند أكثر العامّة أنّه لا يعتق منه شيء حتّى يؤدّى جميع ما عليه من غير تفصيل، و عند بعضهم يعتق بحساب ما أدى من غير تفصيل.

و كلّ ما يشترطه المولى على المكاتب فى العقد من ولاء و غيره لازم إذا لم يخالف المشروع لعموم المؤمنون عند شروطهم، و خصوص نحو قول الصادق (عليه السّلام) حين سئل عن المكاتب: يجوز عليه ما شرطت عليه «۲». و قوله فى صحيح الحلبى: فى المكاتب يشترط عليه مولاه أن لا يتزوّج إلّا بإذن منه حتّى يؤدّى مكاتبته، قال: ينبغى له أن لا يتزوّج إلّا بإذن منه أنّ له شرطه «۳». و قول الباقر (عليه السّلام) فى خبر محمّد بن قيس: إن اشترط المملوک المكاتب على مولاه أن لا ولاء لأحد عليه إذا قضى المال فأقرّ بذلک الّذى كاتبه فإنّه لا ولاء لأحد عليه، و إن اشترط السيّد ولاء المكاتب فأقرّ المكاتب الّذى كوتب فله ولاؤه «۴» إلى غير ذلک.

و لا ينافى ذلک خبر عمرو صاحب الكرابيس عن الصادق (عليه السّلام) إنّ رجلًا كاتب مملوكه و اشترط عليه أنّ ميراثه له، فرفع ذلک إلى علىّ (عليه السّلام) فأبطل شرطه و قال: شرط اللّه قبل شرطک «۵» لجواز أن يكون له وارث، و احتمال أن يكون اشترط المملوک على المولى إرثه منه.

قال فى التحرير: و لو شرط خدمة شهر بعد العتق بالأداء لم أستبعد جوازه.

قلت: كما أنّه يجوز اشتراط الخدمة فى الإعتاق المطلق كما عرفت.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۵ ب ۴ من أبواب المكاتبة.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۶ ب ۴ من أبواب المكاتبة ح ۴.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۰ ب ۶ من أبواب المكاتبة ح ۵.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۷ ب ۱۶ من أبواب المكاتبة ح ۱.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۷ ب ۱۵ من أبواب المكاتبة ح ۱.

[الفصل الثانى فى الأركان و هى أربعة]

اشارة

الفصل الثانی فی الأركان و هی أربعة

[الركن الأوّل: العقد]

الأوّل: العقد و هو أن يقول المولی كاتبتک علی ألف مثلًا فی نجم معلوم الأجل فصاعداً فيقول المملوک قبلت و إن تقدّم القبول علی الإيجاب بأن سال المملوک مكاتبته علی ألف مثلًا فی نجم فصاعداً فكاتبه المولی لم يبعد الصحّة؛ لعدم الدليل علی وجوب تقديم الإيجاب، و قد يفهم ذلک من كلام المفيد (رحمه اللّه) لقوله: و إن قال العبد لسيّده كاتبنی علی كذا و كذا درهماً فكاتبه عليه كان كابتدائه إيّاه بالمكاتبة من غير مسألة.

و هل يفتقر الإيجاب مع ذلک إلی قوله: فإن أدّيت فأنت حرّ؟ فيه نظر من التردّد فی صراحة لفظ المكاتبة فی ذلک، و الصراحة أظهر وفاقاً للمبسوط و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المختلف.

و لا إشكال فی أنّه لا بدّ من نيّة ذلک إن لم يضمّه لفظاً فإذا أدّی انعتق و إن لم يتلفّظ بالضميمة علی رأی من لم يشترط التلفّظ.

و إذا عجز المشروط كان للمولی ردّه فی الرقّ عملًا بالشرط، و لا يرجع إلی الرقّ بمجرّد العجز ما لم يردّه إليه المولی لما سيأتی من استحباب الصبر عليه و حدّ العجز كما فی النهاية أن يؤخّر نجماً إلی نجم أو يعلم أو يظن من حاله العجز عن فكّ نفسه بأن عرض له ما يمنعه من التقلّب و الاكتساب و إن كان قبل حلول نجم كما يقتضيه الإطلاق.

أمّا تحقّق العجز بعلمه من حاله فلأنه لا قاطع علی تقديره شرعاً، فيرجع فيه إلی العقل. و قيل «۱»: المراد العلم به بعد حلول النجم للقطع بعدم التسلّط علی الفسخ قبله، مع أنّ العارض إنّما يمنع من الاكتساب المفتقر إلی التقلّب و قد يكتسب بالاتّهاب و نحوه.

---

(۱) فی ن: «و فيه».

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۴۶۳

و أمّا اعتبار التأخير إلی نجم آخر إن لم يعلم العجز من حاله فلما روی فی بعض الكتب عن أمير المؤمنين (عليه السّلام) قال: لا يردّ فی الرقّ حتّی يتوالی نجمان «۱». و كقوله (عليه السّلام) فی خبر إسحاق بن عمّار: إذا عجز المكاتب لم يردّ مكاتبه فی الرقّ و لكن ينتظر عاما أو عامين، فإن أقام بمكاتبته و إلّا ردّ مملوكاً «۲». فإنّ الظاهر كون النجوم علی الأعوام، فحكم بأنّه لا يردّ بالعجز فی العام الأوّل، بل ينتظر إلی عام آخر. و أمّا إلی عامين فعلی الاستحباب صحيح معاوية بن وهب سأل الصادق (عليه السّلام) عن مكاتبة أدّت ثلثی مكاتبتها و قد شرط عليها إن عجزت فهی ردّ فی الرقّ و نحن فی حلّ ممّا أخذنا منها و قد اجتمع عليها نجمان، فقال: تردّ و يطيب لهم ما أخذوا «۳» للتنصيص علی الردّ عند التأخير إلی نجم آخر. و لا نصّ عليه فيما قبله.

و قيل فی المقنعة و الاستبصار و السرائر: حدّه أن يؤخّر نجماً عن محلّه و هو الأقوی لصدق العجز به إلّا أن يكون اشترط العجز رأساً عن جملة النجوم بعد جملة الآجال، فهو شی‌ء آخر. و لحسن معاوية بن وهب و صحيحه قال للصادق (عليه السّلام): ما حدّ العجز؟ فقال: إنّ قضاتنا يقولون: إنّ عجز المكاتب أن يؤخّر النجم إلی النجم الآخر حتّی يحول عليه الحول، قال: فما تقول أنت؟ قال: لا، و لا كرامة له أن يؤخّر نجماً عن أجله إذا كان ذلک فی شرطه «۴».

و إذا أعاده المولی إلی الرقّ للعجز كان له ما أخذه منه لكونه كسب مملوكه، و خصوص نحو صحيح معاوية الّذی سمعته الآن.

و يستحبّ للمولی الصبر عليه إلی ثلاثة أنجم، لقول الباقر (عليه السّلام) فی خبر جابر: لا يردّ فی الرقّ حتّی يمضی له ثلاث سنين

«۵». و قول الصادق (عليه السّلام): ينتظر

---

(۱) دعائم الإسلام: ج ۲ ص ۳۱۳ ح ۱۱۷۹.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۷ ب ۴ من أبواب المكاتبة ح ۱۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۹ ب ۵ من أبواب المكاتبة ح ۲.

(۴) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۸ ب ۵ من أبواب المكاتبة ح ۱.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه ق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج‌۸، ص: ۴۶۳

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۸ ب ۴ من أبواب المكاتبة ح ۱۴.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۴۶۴

بالمكاتب ثلاثة أنجم، فإن هو عجز ردّ رقيقاً «۱». و لما سمعت من خبر إسحاق المتضمّن للانتظار عاما أو عامين، و ظاهر المقنع وجوبه.

[الركن الثانى: العوض و فيه أربع شروط]

اشارة

الركن الثاني: العوض و شروطه أربعة:

[الشرط الأوّل]

الأوّل: أن يكون ديناً فلا يصحّ على عين، لأنّها ليست ملكاً له، إذ العبد لا يملك شيئاً و إن ملّكه مولاه فما بيده إمّا ملك للسيّد أو لغيرهما، فإن كان الأوّل كانت المعاوضة بماله على ماله، و إن كان الثانى كان كجعل ثمن المبيع من مال غير المشترى. نعم إن كان يملك بتمليك المولى و نحوه اتّجهت الصحّة، و كذا إن أذن الغير فى المكاتبة على عين يملكها اتّجهت الصحّة إن كان بيعاً للعبد من نفسه، فيكون حينئذٍ بيعاً له من صاحب العين.

[الشرط الثانى]

الثاني: أن يكون منجّماً على رأى الأكثر، لما تقدّم و الأقرب عندى جواز الحلول وفاقاً للخلاف و السرائر و الجامع، لما عرفت.

و لو شرطناه لم نوجب أزيد من نجم واحد للأصل، و العموم. خلافاً لبعض العامّة اتّباعاً للمعروف، و أخذاً لها من الجمع، و لا جمع فى نجم.
و لا حدّ فى الكثرة و إن علما عدمهما عادة عند آخر النجوم؛ لانتقال الحكم إلى الوارث بخلاف البيع.
و إذا شرطناه وجب أن يكون معلوماً، فلو أبهما الأجل كقدوم الحاجّ أو إدراك الغلّات لم يصحّ اتّفاقاً، و أمّا إذا لم نشترط الأجل فمن البيّن إنّا لا نشترط وصفه، لا أنّه يجوز التأجيل بالمبهم حينئذٍ، إلّا أن يقال بالغاية حينئذٍ و الصرف إلى الحلول.
و لو قال: «كاتبتك على أن تؤدّى كذا فى شهر كذا» على أن يكون الشهر ظرفاً للأداء لم يصحّ كما فى المبسوط و الشرائع على إشكال من جهل وقت الأداء، و من انصرافه إلى التخيير فى إجزائه، و هو خيرة الخلاف و أبى

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٨۶ ب ۴ من أبواب المكاتبة ح ٩.

علىّ إلّا أن يعيّن وقته أى الأداء فيرتفع الإشكال.
و إذا تعدّدت النجوم جاز تساويها و اختلافها اتّفاقاً للعموم و كذا يجوز اختلاف المقادير للأعواض فيها أى النجوم مختلفة الآجال و متساوية.
و فى اشتراط اتّصال الأجل بالعقد إشكال و الأقرب المنع وفاقاً للأكثر؛ للأصل و العموم. و وجه الاشتراط أنّه قضيّة التنجيز الّذى يقتضيه الإنشاء، و هو خيرة المبسوط.
و لو كاتبه على أداء دينار موصوف إن لم يغلب جنس و إلّا انصرف إلى الغالب بعد خدمة شهر صحّ و كان العوض مركّباً من عين و منفعة و لا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر إلّا عند من يشترط من العامّة تعدّد النجم فإن مرض العبد شهر الخدمة كلّه أو بعضه فلم يخدم بطلت الكتابة رأساً إن انحصر فيها العوض، و إلّا فبالحساب، و لم ينتقل إلى أُجرة مثلها لتعذّر العوض الّذى اشترط به العتق.
و لو قال: «على خدمة شهر بعد هذا الشهر» صحّ على الأقوى لما عرفت من عدم اشتراط الاتّصال.
و لو كاتبه ثمّ حبسه فعليه اجرة مدّة حبسه كما فى المبسوط، لأنّ المكاتب مضمون المنافع كالقنّ، و لأنّ الأيّام لا مثل لها، فإنّما يضمن منافعها بالقيمة.
و قيل فى المبسوط أيضاً: إنّما يجب تأجيل مثلها لأنّه إنّما كان يجب عليه الإمهال فى مدّة الحبس، و لا قيمة للإمهال، و الشيخ متردّد بين القولين.
و لو أعتقه على شرط أن يخدمه شهراً عتق فى الحال فإنّه عتق منجّز لا مكاتبة و عليه الوفاء لما تقدّم فإن تعذّر أو لم يف فالأقرب أنّ عليه قيمة المنفعة فإنّها الّتى استحقّها عليه لا قيمة الرقبة و يحتمل ضعيفاً قيمة الرقبة بناءً على كونه معاوضة الرقبة بالخدمة كما فى المكاتبة، فإذا لم يسلم له العوض المسمّى استحقّ عوض المثل.

و لو دفعه قبل النجم لم يجب على السيّد قبضه لأنّ المؤمنين عند شروطهم، و لجواز تعلّق الغرض بالتأخير، و لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر إسحاق بن عمّار: إنّ مكاتباً أتى عليّاً (عليه السّلام) فقال: إنّ سيّدى كاتبنى و شرط علىّ نجوماً فى كلّ سنة فجئته بالمال كلّه ضربة فسألته أن يأخذ كلّه ضربة و يجيز عتقى فأبى علىّ، فدعاه (عليه السّلام) فقال: صدق، فقال له: مالك لا تأخذ المال و تمضى عتقه؟ قال: ما أخذ إلّا النجوم الّتى شرطت و أتعرّض من ذلك إلى ميراثه، فقال (عليه السّلام): أنت أحقّ

بشرطك «۱».

و للعامّـۀ قول بإجبـار المولى على القبول إذا لم يتضـرّر به لأنّ الأجل حقّ المـديون، فإذا أسـقطه سـقط، و هو ممنوع. و آخر بأنّ الحاكم يأخذه و ينعتق، ثمّ الحاكم يسوق المال إلى المولى فى النجوم.

و أوجب أبو علىّ عليه القبول إذا كـان المكاتب مريضاً و أوصـى بوصايا و أقرّ بـديون و بـذل المال لمولاه فإنّ فى امتناعه إبطال إقراره و وصيّته.

و إذا دفعه بعـد الحلول وجب عليه القبول أو الإبراء، فإن امتنع من أحـدهما قبضه الحاكم إن أمكن، و إلّا كفى تعيين العبـد له و تمكينه منه فإن تلف فمن السيّد لتفريطه.

[الشرط الثالث]

الشرط الثالث: أن يكون معلوم الوصف و القدر، فلو كان أحدهما مجهولًا لم يصحّ كغيره من المعاوضات.

و يجب أن يذكر فى الوصف كلّ ما يثبت الجهالة بتركه، فإن كان من الأثمان وصـفه كما يجب عليه أن يصـفه فى النسـيئة و إن كان من العروض وصفه بوصف المسلم فيه فى السلم فلا يصحّ على ما لا يسلم فيه؛ لعدم ضبط أوصافه كالدرّة النفيسة و لا يتعيّن قدره قلّة و لا كثرة للأصل و العموم.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۸ ب ۱۷ من أبواب المكاتبة ح ۲.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۴۶۷

نعم يكره تجاوز قيمته يوم المكاتبة و إن كان نوى بالزيادة أن يؤتيها من مال اللّه ليبقى عليه ما يوازى قيمته.

و يجوز أن يكون عينـاً فى الذمّـۀ و منفعـة و هما أى كليهما معاً للعموم بعـد وصف المنفعـة بما يرفع الجهالـة كما يجب وصـف العين بذلك.

و يتقـدّر المنفعـة إمّـا بالعمـل كخياطـة هـذا الثـوب أو بالمـدة كالخدمـة أو السـكنى سـنة، و لـو جمـع بيـن الكتابـة و غيرهـا من المعاوضـات كـالبيع أو الإجـارة أو النكـاح فى عقـد واحـد صـحّ كـلّ منهمـا عنـدنا و إن اتّحـد العوض، و يقسّط العوض عليهما بالحصّة. و من العامّة من أبطلهما، و منهم من صحّح المكاتبة خاصّة بكلّ العوض.

و لو كاتبه المولیان بعوض واحد صحّ و قسّط على قدر حصصـهما، و لو اختلف عوضاهما جنساً أو قدراً صحّ، اختلفت حصـتهما قدراً أو اتّفقت و ربّما يمنع من الاختلاف قدراً إذا اتّفقت الحصّتان حذراً من انتفاع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائـة و إلى الآخر مائتين مثلًا ثمّ انفسـخت المكاتبـة بالعجز فيرجع الأوّل إلى الثانى بخمسـين و قـد انتفع بها مدّة بقائها فى يده. و يـدفع بطروّ الاسـتحقاق بعد الانفساخ، فإنّ الكلّ قبله كان ملكاً لأخذه متزلزلًا و ليس له الدفع إلى أحدهما دون الآخر بلا خلاف كمـا فى المبسوط و الخلاف، لاشتراكهمـا فى الاسـتحقاق فإن فعل شاركه الآخر إلّا أن يأذن أحـدهما لصاحبه و من الإذن ما لو كاتباه بعوضين مختلفين جنساً فإنّه يدفع كلّ جنس إلى صاحبه.

و قال القاضى: له الدفع بدون الإذن لتخيير من عليه الحقّ فى جهة القضاء. و للعامّة قول بعدم الجواز مع الإذن أيضاً.

و لو كـاتب عبـدين له فى عقـد صـحّ و بسط العوض على القيمتين يوم العقـد إلّا أن يعيّن لكلّ عوضاً، و للعامّـۀ قول بالبسط على الرؤوس و أيّهما أدّى عتق كلّا أو بعضاً من غير ارتقاب صاحبه و إن علّق عتق الجميع بأداء

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۶٨

الجميع فى الصيغة تغليباً لحكم المعاوضة و أيّهما عجز رقّ خاصّة و ربّما يقال بتوقّف عتق كلّ واحد على عتق الآخر المذكور.

و لو شرط كفالة كلّ منهما لصاحبه جاز للأصل، و عموم كون المؤمنين عند شروطهم. و ربّما يقال: لا يصحّ؛ لعدم ثبوت مال على المكاتب حين العقد.

و لو شرط الضمان لكلّ منهما على الآخر جاز و تحوّل ما على كلّ منهما فصار على صاحبه لكونه معنى الضمان و انعتقا جميعاً لتنزيل الانتقال منزلة الأداء، و يبقى المال فى ذمّتيهما على وجه الضمان لا الكتابة، و لعلّه المراد بما فى المختلف من أنّه كما لم يقع ضمان و إن شرط بقاء الرقّ مع هذا الضمان حتّى يؤدّيا أو يخيّر فى الرجوع على من شاء منهما. ففى كلام الشيخ إشعار بجوازه، و فى الحائريّات نصّ على جواز ضمان اثنين و اشتراط الرجوع على من شاء منهما، و هو مبنيّ على أنّ الضمان ضمّ ذمّة إلى أُخرى لا النقل من إحداهما إلى الأُخرى.

[الشرط الرابع]

اشارة

الشرط الرابع: أن يكون ممّا يصحّ تملّكه للمولى فلا يصحّ على ما لا يصحّ له تملّكه كالخمر و الخنزير للمسلم.

و لو كاتب الذمّى مثله عليه صحّ للحكم بتملّكه له شرعاً و صحّة معاوضاته عليه فإن تقابضا أى المولى و المكاتب، و القبض بالنسبة إليه على التغليب أو التشبيه أو المشاكلة قبل الإسلام عتق و برئ كما فى الإصداق و سائر المعاوضات.

و لو تقابضا البعض برئ منه خاصّة، فإن أسلما أو أحدهما قبل التقابض أو بعد تقابض البعض خاصّة لم تبطل الكتابة لثبوتها شرعاً و لزومها، و انتفاء طروء ما يصلح لإزالتها، و إنّما طرأ تعذّر قبض عين العوض و لذا كان على العبد القيمة عند مستحلّيه كما فى غيره من المعاوضات، و ربّما أمكن القول بالفساد، لأنّ التراضى إنّما وقع على العين الّتى تعذّر تسليمها.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۶٩

[و هنا اثنا عشر فرع]

اشارة

فروع اثنا عشر:

[الفرع الأوّل]

الأوّل: لو ادّعى المالك للمكاتب تحريم العوض أو غصبه و امتنع لذلك من قبضه فإن أقام بيّنة ليدفع عن نفسه الإلزام بالقبض لم يلزمه قبوله، و إن لم يكن له بيّنة حلف العبد و الزم المولى القبض أو الإبراء فإن نكل حلف المالك و لم يلزمه القبول فإن قبض بالإلزام أوّلًا به أمر بالتسليم إلى من عزاه إليه إن كان قد عيّنه أوّلًا و إلّا ترك فى يده.

و فى انتزاعه منه إن ادّعى الغصب و نحوه دون مجرّد التحريم نظر من إقراره بأنّه مال الغير فيجب حفظه له، و المتولّى له الحاكم إذا لم يستأمن المالك غيره. و من أنّ يده ليست عارية فلا تدفع إلّا بمطالبة صاحب الحقّ، و هو خيرة المبسوط.

فإن امتنع من القبض حيث يلزم به قبضه الحاكم و حكم بعتق العبد

[الفرع الثانی]

الثانی: لو شرطا عوضاً معیّناً لم یلزمه قبول غیره لأنّ المؤمنین عند شروطهم إلّا الأجود من جنس العین فإنّه لم یزده إلّا خیراً.

[الفرع الثالث]

الثالث: لو قبض أحد السیّدین کمال حقّه بإذن الآخر عتق نصیب القابض و لا یقوّم علیه نصیب الآذن، و لا یسری إلیه العتق للأصل مع تعلّق حقّه به و تشبّثه بالحرّیة. و قیل: بل یسری و هو المناسب لما تقدّم منه.

و قیل: یسری إن عجز و له نصف الولاء علی القول بثبوته علی المکاتب و یأخذ الآذن ممّا فی یده بقدر ما دفع إلی الآخر إن بطلت کتابته، و کذا إن لم یبطل و تساوی المالان و إلّا فبالنسبة و الباقی بین العبد و سیّده الثانی و هو الآذن إن بطلت کتابة الثانی بموت أو عجز فإنّه حینئذٍ یکون مبعّضاً، فله من کسبه بقدر ما تحرّر من حصّة سیّده الأوّل و الباقی لسیده الثانی، و إن لم یبطل کتابته فالباقی بتمامه للعبد خاصّة؛ لانعتاقه حینئذٍ بتمامه. و الشرط إن اختصّ بهذه الجملة فالأولی أن یرید بقدر ما دفع قدر النسبة إلیه لیتناول صورتی تساوی المالین و تفاوتهما، و یجوز تعلّقه بها و بجملة «أخذ الآذن قدر ما دفع إلی

الآخر» لأنّه إن لم یبطل الکتابة لم یتعیّن أخذ قدره بل یأخذ قدره إن تساویا و إلّا فبالنسبة.

و أمّا قوله لأنّ نصفه عتق بالکتابة و نصفه بالسرایة فحصّة ما عتق بالکتابة للعبد و حصّة ما عتق بالسرایة للمولی فقیل: إنّه مضروب علیه.

و قیل: إنّ العبارة کانت فی الأصل کذا: «عتق نصیب القابض و قوّم علیه نصیب الآذن و سری العتق و له نصف الولاء و یأخذ الآذن ممّا فی یده بقدر ما دفع إلی الآخر و الباقی بین العبد و سیّده الثانی، لأنّ نصفه عتق بالکتابة و نصفه بالسرایة» إلی آخر ما مرّ، ثمّ غیّر أوّل الکلام إلی ما سمعته، و لم یصلح آخره، فبقیت المنافاة بین الأوّل و الآخر.

و یمکن أن یوجه بأنّ نصفه عتق بالکتابة و النصف الآخر غایته أن یعتق بالسرایة و إن کان المختار خلافه، و حصّة ما عتق بالسرایة للمولی فضلًا عمّا لم یعتق بها.

و یحتمل أن یکون الجمیع أی جمیع الباقی للعبد لانقطاع تصرّف المولی عنه بمکاتبته، فکان له کما لو عتق بالأداء و هذا أیضاً مبنی علی السرایة، و هو أیضاً مضروب علیه أو مذهول من إصلاحه.

و حاصل الکلام أنّ فی الباقی علی السرایة احتمالین: الأوّل: أن یکون بینهما، لأنّ تقویم حصّة الشریک علی الآخر مبنیّ علی الرقّ فحصّة الآذن رقّ له، فله من کسبه ما بإزائه. و الثانی: اختصاصه بالعبد، لأنّ الحصّة هنا إنّما یقوّم مکاتبه، و بالمکاتبة انقطع تصرّف المولی فلا یکون له من کسبه شی‌ء.

[الفرع الرابع]

الرابع: لو ظهر استحقاق المدفوع بطل العتق المنوط بدفعه و قیل له: إن دفعت الآن مال الکتابة و إلّا فسخت الکتابة فإنّه آخر النجم عن أجله، فللمولی التخییر فی الفسخ.

و لو مات بعد الأداء للمستحقّ مات عبداً لموته قبل الأداء حقیقة.

و لو ظهر المدفوع معيباً تخيّر المولى بين أخذ الأرش

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨، ص: ٤٧١

و الردّ و إذا ردّ فيبطل العتق المنوط به كما في المبسوط على إشكال من أنّ الردّ فسخ متجدّد للقبض، أو رفع له من أصله.

و لو تجدد في العوض المعيب عيب عند السيّد لم يمنع من الرّد بالعيب الأوّل مع أرش الحادث وفاقاً للمحقّق و الأكثر، استصحاباً و عملًا بالمقتضى مع انتفاء المانع، و لأنّه ليس معاوضة محضة.

و قال الشيخ في المبسوط يمنع من الردّ كالبيع، و يستقرّ أرش العيب على المكاتب. قال: و ارتفع العتق، لأنّ ذمّته ممّا برئت من مال الكتابة، فإن كان له سليم من العيوب و إلّا كان لسيّده تعجيزه و ردّه في الرقّ.

و لو تلفت العين المعيبة عند السيّد استقرّ الأرش بلا إشكال.

و لو قال له السيّد عقيب دفع المستحقّ للغير أنت حرّ لم يعتق بذلك إلّا أن يريد الإنشاء فإن ادعى المكاتب قصد إنشاء العتق قدّم قول السيّد للأصل، و لأنّه فعله.

[الفرع الخامس]

الخامس: لو أقام العبد شاهداً واحداً على الدفع حلف معه و حكمنا بعتقه و إن منعنا من الشاهد و اليمين في العتق فإنّهما هنا على المال أصالة.

و لو لم يكن له شاهد و حلف السيّد فسخت الكتابة مع التأخير، فإن ادّعى العبد غيبة الشهود انظر إلى أن يحضرها، فإن لم يحضر حلف السيّد، فإن حضر بعده الشاهدان ثبتت الحرّية إن لم يسقط حكمها باليمين.

[الفرع السادس]

السادس: لو أبرأه السيّد من مال الكتابة برئ و عتق لكونه كالقبض.

و لو أبرأه من البعض بريء منه و عتق بإزائه إن كان مطلقاً و كان على الكتابة في الباقي، و لو أقرّ بالقبض عتق كلّا أو بعضاً في الظاهر و إن كان مريضاً فأقرّ به فإن كان غير متهم فكذلك، و إلّا نفذ من الثلث.

[الفرع السابع]

السابع: يجوز بيع مال الكتابة وفاقاً للخلاف للأصل، و خلافاً للمبسوط و جماعة، لكونه بيع ما لم يقبض، و لجواز التعجيز و الوصيّة به اتّفاقاً.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨، ص: ٤٧٢

فإن باعه و كان البيع فاسداً لكونه بيع مال الكتابة أو لغيره من الأسباب فأدّى العبد المال إلى المشترى احتمل العتق، لأنّه أي البيع تضمّن الإذن في القبض فأشبه قبض الوكيل، و يرجع السيّد على المشتري إن كان من غير جنس الثمن، و إلّا تقاصّا مع تلف العين بقدر الأقلّ منهما و يرجع ذو الفضل فضله على الآخر، أي يعطيه أو يأخذ منه.

و احتمل عدمه أي العتق كما في المبسوط لأنّه أي المشترى لم يقبض بالنيابة و لم يستنبه البائع، فإنّ البيع لا يتضمّن الاستنابة في القبض و إنّما قبض لنفسه فإنّه الّذي يقتضيه البيع فكان القبض فاسداً كالبيع، بخلاف الوكيل فإنّه استنابة في القبض. و قيل بالعتق إن صرّح البائع بالإذن في القبض.

و يضعف بأنّه لو صرّح بالإذن فليس بمستنيب له فى القبض، و إنّما إذنه بحكم المعاوضة و هو إنّما يستلزم القبض لنفسه فلا فرق بين التصريح و عدمه، فيبقى مال الكتابة بحاله فى ذمّة العبد، و يرجع على المشترى بما أدّاه إليه، و يرجع المشترى على البائع بالثمن، فإن سلّمه المشترى إلى البائع من غير إذن المكاتب لم يصحّ التسليم و لم يوجب العتق لأنّه أى المولى قبضه بغير إذن المكاتب، فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه بغير واسطة على إشكال، ينشأ من ذلك، و من تعيين العبد إيّاه لمال الكتابة بالدفع إلى المشترى، و هو بمنزلة الاذن فى القبض.

و لا يحكم بعجزه مع الدفع الفاسد و إن لم يكن له غير ما دفعه، لأنّ القادر عليه قادر على الدفع إلى المولى مع أنّه دفعٌ غرّه به المولى.

فإن أفلس المشترى و لم يكن للعبد ما يدفعه إلى المولى ممّا سوى ما دفعه إليه لم يحكم أيضاً بعجزه على إشكال من تحقّق العجز عن الدفع إلى المولى، و من أنّ المولى غرّه بالدفع الفاسد فكأنّه دفعه إليه فأتلفه.

[الفرع الثامن]

الثامن: لو ادّعى دفع مال الكتابة إلى سيّديه فصدقه أحدهما عتق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٤٧٣

نصيبه بإقراره و يقبل شهادته على صاحبه إن اعترف المنكر بالإذن فى الإقباض فإنّه غير متّهم حينئذٍ، و الشهادة إنّما تقبل بالنسبة إلى براءة ذمّة العبد لا بالنسبة إلى قبض المنكر مال الكتابة، إذ قد يشتمل على التهمة، فإنّه قد يخرج ما أخذه الشاهد مستحقّاً للغير فيتسلّط على أخذ نصف ما قبضه الشريك، إلّا أن يكون اعترف بالإذن فى الإقباض و إلّا يعترف المنكر بالإذن فى الإقباض فلا يقبل الشهادة عليه للتهمة فيحلف المنكر و يطالب الشريك بنصف ما اعترف بقبضه، و هو ربع مال الكتابة، فإن لم يطالبه بل رجع على العبد بكمال نصيبه استقرّ قبض المصدّق لنفسه، و إن رجع على الشريك بنصف حقّه رجع على العبد بالنصف الآخر، و لا يرجع العبد على المصدّق على الأوّل و لا بالعكس على الثانى أخذاً لهما بإقرارهما.

فإن عجز العبد عن أداء الربع كان له استرقاق نصيبه بأجمعه فى المشروط و لا يحكم بعجزه عما دفعه إلى المصدّق، إلّا إذا أفلس على وجه تقدّم و يرجع على الشريك بنصف ما قبضه، و لا سراية هنا على قول العامّة بسراية المكاتب، لأنّ المصدّق و العبد يعتقدان حرّية الجميع و غصبيّة المنكر و المنكر يدّعى رقّية الجميع.

أمّا نصفه الّذى له فظاهر؛ لعدم قبضه ما بإزائه من العوض بزعمه.

و أمّا نصف شريكه فلأنه يقول إن قبض شيئاً فنصفه لى و ذلك لأنّه قد قبضه بغير إذنى فلا يعتق شىء من نصيبه بهذا القبض إن كان مشروطاً فالسراية ممتنعة على القولين، لأنّها إنّما تثبت فيمن عتق بعضه و بقى بعضه رقّاً، و الجميع متّفقون على خلاف ذلك بل يكفى لعدم اعتقاد العبد و المصدّق الحرّية، و لذلك لا يسرى إن كان مطلقاً، فإنّ المنكر و إن كان لا يقول برقّية الجميع لانعتاق نصف نصيب شريكه قطعاً، لكن لا يجبر الشريك على الشراء و الإعتاق لزعمه الحرّية و تصديق العبد له فى ذلك، و السراية إنّما هى لحقّ المملوك، فتصديقه أسقط حقّه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٤٧٤

[الفرع التاسع]

التاسع: لو ادّعى العبد دفع الجميع القيمة إلى أحدهما بإذن الآخر أو لا به ليقبض حقّه و يدفع الباقى إلى شريكه فأنكر و لا بيّنة

حلف و برئ ممّا حلف على نفيه من الكلّ أو حقّ الشريك.
و لو قال: دفعت إليّ حقّى و إلى شريكى حقّه حلف الشريك إن قلنا بالسراية و التشريك فيما يأخذه الشريك بغير إذنه، فإذا حلف قوّم على الأوّل نصيبه و شاركه فيما أخذه، و إلّا فإن حلف الأوّل سقط عنه التقويم و اختصّ بما أخذ و لا نزاع بين العبد و الشريك إلّا إذا ادّعى أنّ الدفع كان بإذنه و للشريك مطالبة العبد بجميع حقّه بغير يمين إلّا إذا ادّعى العبد إذنه فى التسليم و له مطالبته بنصفه بغير يمين و مطالبة المدّعى الباقى بعد اليمين على أنّه لم يقبض من المكاتب شيئاً.
و فى المبسوط: أنّه لا يمين عليه، و له مطالبة المدّعى بالباقى بغير يمين قال لأنّ أحداً لا يدّعى عليه القبض لأنّ المكاتب يقول ما أقبضته أنا شيئاً و القابض لا يقول: إنّه أقبض المنكر شيئاً فكان القول قوله بلا يمين و يضعف بما عرفت.
و لا يرجع المدّعى على العبد بشىء ممّا يأخذه منه المنكر؛ لاعترافه بأنّه ظلمه.
فإن عجز العبد فللشريك استرقاق نصفه قيل فى المبسوط و يقوّم على القابض نصيب الشريك؛ لاعتراف العبد هنا بأنّه لم يوصل إلى الشريك حقّه، و هو يستلزم اعترافه بالرقّية له، فله على القابض حقّ وجوب التقويم و الإعتاق بخلاف المسألة الأُولى.
و يحتمل عدمه أى التقويم إذا كان مشروطاً لاعتراف القابض بحرّية الجميع و الشريك برقّية الجميع فإنّه يزعم أنّ ما أخذه القابض مشترك بينه و بينه، و أنّه لم يقبض جميع ما بإزاء حصّته من مال الكتابة، فليس للقابض إجبار الشريك على البيع، و لا للشريك إجبار القابض على الشراء. و فيه أنّهما إقراران فى حقّ الغير و هو العبد.
كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٧۵
فإن صدّقه القابض و ادّعى أنّه دفع إلى شريكه النصف و أنكر الشريك حلف الشريك و رجع على من شاء، فإن رجع على المصدّق بجميع حقه عتق المكاتب، و لا يرجع المصدّق عليه أى العبد بشىء و إن رجع على العبد رجع العبد على القابض، سواء صدّقه فى دفعها أى الدراهم مثلًا أو مال الكتابة إلى المنكر أو كذّبه أمّا إن كذّبه فظاهر، و أمّا إن صدّقه فلأنه دفعها إليه ليدفع إلى الشريك حقه على وجه تبرأ به ذمّة المكاتب، فإن لم يفعل كان عليه الضمان.
فإن عجز العبد كان له أخذها من القابض ثمّ يسلّمها، فإن تعذّر كان له تعجيزه و استرقاق نصيبه و مشاركة القابض فى النصف الّذى قبضه عوضاً عن نصيبه.
قيل فى المبسوط و يقوّم على الشريك القابض مع يساره إلّا أن يصدّقه العبد فى الدفع فلا يقوّم؛ لاعترافه حينئذٍ بأنّه حرّ و انّ هذا ظالم بالاسترقاق فباعترافه أسقط حقّه من السراية.

[الفرع العاشر]

العاشر: لو اختلفا فى القدر فالقول قول السيّد مع يمينه كما فى الخلاف لأصالة عدم العتق، و لأنّ كلّا من العبد و كسبه له بخلاف البيع و نحوه و يحتمل تقديم قول العبد لأصالة براءته من الزائد.
و لو اختلفا فى الأداء قدّم قول السيّد مع اليمين، و لو اختلفا فى المدّة أو فى النجوم فكذلك و الكلّ ظاهر، و متّجه تقديم قول العبد فى المدّة و النجوم؛ لأصالة البراءة.
و فى الجامع: أنّهما يتحالفان إذا اختلفا فى المال و المدّة. و هو قول الشافعى.

[الفرع الحادى عشر]

الحادى عشر: لو قبض من أحد مكاتبيه و اشتبه صبر إلى الانكشاف أو موت المولى كما فى المبسوط لرجاء التذكّر و احتمل

القرعة إذا زال الرجاء. و فى الخلاف أطلق القرعة لكونها لكلّ مشكل.

فإن مات و لم ينكشف استعملت القرعة قطعاً؛ لامتناع العلم فإن

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٧۶

ادّعى أحدهما أو كلّ منهما علمه حلف على نفى العلم، فلو مات و ادّعى العلم على الورثة حلف الورثة على نفى العلم أيضاً، و لو أقام أحد العبدين بيّنة بالأداء قبلت سواء كان فى حياة المولى أو بعد موته كان قبل القرعة أو بعدها، و يظهر فساد القرعة إذا كان بعدها و كان غير المقروع لأنّ البيّنة أقوى من القرعة.

و يحتمل عتقهما معاً لكونهما حجّتين شرعيّتين، و هو من الضعف بمكان للقطع بأنّ المؤدّى منهما واحد، و القرعة لا تستقلّ بالإعتاق.

[الفرع الثانى عشر]

الثانى عشر: يجوز أن يتّفقا على أن يعجّل المكاتب بعض العوض قبل أجله ليسقط المولى الباقى لأنّ التأخير حقّ المكاتب، و العوض حقّ المولى، فإذا أسقطا حقّيهما سقطا.

و فى الصحيح: أنّ علىّ بن جعفر سأل أخاه (عليه السّلام) عن رجل كاتب مملوكه فقال بعد ما كاتبه: هب لى بعضاً و أُعجّل لك ما كان من مكاتبتى أ يحلّ ذلك؟ فقال: إذا كان هبة فلا بأس، و إن قال: حط عنّى و أُعجّل لك فلا يصلح «١».

و لا يجوز الزيادة عليه للتأخير فإنّ المكاتبة عقد لازم انعقد على عوض معلوم، فلا معنى للزيادة عليه. نعم يجوز له أن يعطيه شيئاً و ليصبر عليه.

و يجوز له أن يصالحه على ما فى ذمّته بأقلّ أو أكثر منه من جنسه أو من غيره، و لم يجزه الشيخ من جنسه، لأنّه ربا، و إنّما يصالحه بمعجّل لا بمؤجّل؛ لأنّه يصير بيع دين بمثله على رأى من جعل الصلح بيعاً و لم يفسّر بيع الدين بالدين ببيع ما فى ذمّة بما فى ذمّة أُخرى. و قيل: إنّ هذا الرأى لم يكن موجوداً فالحقّ.

[الركن الثالث: السيّد]

الركن الثالث: السيّد و شرطه البلوغ و العقل و الاختيار و القصد و جواز التصرّف، فلو كاتب

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٩۶ ب ١٣ ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٧٧

الطفل أو المجنون و إن كان دوريّاً فى نوبته أو المكره أو السكران أو الغافل أو الساهى أو الهازل، و بالجملة فاقد القصد أو المحجور عليه لسفه إلّا بإذن الولىّ أو فلس إلّا بإذن الغرماء لم يقع، و كذا الطفل المميّز البالغ عشراً فما فوقه و إن أذن له الولىّ إلّا على القول بوقوع العتق منه و كون المكاتبة عتقاً بصفة فيحتمل الوقوع لذلك. و يحتمل العدم أيضاً بناءً على أنّها غير المتبادر من العتق مع اشتمالها على شبه معاوضة.

و الأقرب وفاقاً للأكثر عدم اشتراط الإسلام أمّا إذا لم يشترط فى العتق ففيها أولى، و أمّا إذا اشترط فيه فقيل بعدم الاشتراط فيها لكونها معاوضة لا عتقاً. و قيل: بالاشتراط لكونها عتقاً.

فلو كاتب الذمّى أو غيره من الكفّار عبده الكافر صحّ، و لو كان العبد مسلماً ففى صحّة كتابته نظر، أقربه المنع وفاقاً لأبى علىّ، لأنّها تستلزم إقراره على ملكه زماناً، و لا يجوز بل يقهر على بيعه من مسلم من فوره، و وجه الخلاف أنّ الغرض و هو ارتفاع السلطان عنه حاصل بالمكاتبة، و هو ممنوع.

أمّا لو أسلم بعد الكتابة فالأقرب اللزوم كما فى المبسوط، لأنّه عقد لازم مانع من البيع مع حصول الغرض، و هو ارتفاع السلطان.

و قيل: لا يلزم لئلّا يكون له عليه سبيل. و قال أبو علىّ: يباع مكاتباً و يؤدّى إلى المشترى ثمنه لا أزيد، لأنّه ربا.

لكن لا خلاف فى أنّه لو عجز فعجّزه المولى و استرقّه بيع عليه، و يحتمل عدم صحّة التعجيز لاستلزامه ملك الرقبة الممتنع.

و لو اشترى الكافر مسلماً فكاتبه لم يصحّ الشراء و لا الكتابة، و لو أسلم فكاتبه بعد إسلامه لم يصحّ على أحد الوجهين لما عرفت، و هذه المسألة غير ما تقدّم، فإنّه فيما إذا ملك مسلماً بنحو الإرث.

و لو كاتب الحربىّ مثله صحّ لصحّة أملاكهم عندنا؛ لقوله تعالى:

«وَ أَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَ دِيٰارَهُمْ» «١» و لو جاءا إلينا مستأمنين و قد قهر أحدهما صاحبه بعد المكاتبة بطلت الكتابة فإنّ دار الحرب دار قهر و غلبة من قهر فيها على شىء و غلبه ملكه و يلزم منه هنا بطلان الكتابة فإنّ العبد إن كان هو القاهر ملك سيّده و إن كان السيّد هو القاهر فقد قهره على إبطال الكتابة و ردّه رقيقاً، و كذا لو قهره السيّد بعد عتقه عاد رقيقاً و إن دخلا دار الإسلام من غير قهر فقهر أحدهما الآخر فى دار الإسلام لم تبطل الكتابة لأنّها دار خطر لا يؤثّر فيها القهر إلّا بالحقّ. و لو دخلا دار الإسلام مستأمنين لم يمنعا من الرجوع. و لو أبى العبد لم يجبر على الرجوع مع مولاه لأنّه بمكاتبته أزال عليه سلطانه، فليس له منعه من السفر و لا إجباره عليه، و إنّما له عليه دين فإن أقام السيّد للاستيفاء عقد أماناً لنفسه و أقام حتّى يستوفيه و له أن يلحق بدار الحرب و يوكّل فيه و ينعتق العبد مع الأداء و ينتقض أمان السيّد فى نفسه بلحوقه بدار الحرب لا فى ماله ثمّ يعقد العبد لنفسه أماناً إن أقام، و إلّا رجع، و لو عجز استرقّه و يردّ إلى السيّد لكونه ماله و له الأمان فى ماله.

و لو ارتدّ المولى لم يصحّ كتابته إن كان عن فطرة و إن أجزنا كتابة الكافر لزوال ملكه عنه لتنزّله منزلة الميّت و إن كان عن غيرها فكذلك إن كان العبد مسلماً على المختار لوجوب بيعه عليه، و يحتمل وقوعها موقوفة لعدم خروج أموال المرتدّ لا عن فطرة عن ملكه فإن أسلم تبيّن الصحّة.

و لو قتل أو مات على الردّة بطلت، فإن أدّى حال الردّة و لا بدّ أن يؤدّى إلى الحاكم للحجر على المولى لم يحكم بعتقه بل يكون موقوفاً فإن أسلم ظهر صحّة الدفع و انعتق إلّا ظهر فساده.

---

(١) الأحزاب: ٢٧.

و لو ارتدّ بعد الكتابة لم تبطل الكتابة و أدّى العبد المال إلى الحاكم لا إليه لما عرفت من الحجر و يعتق بالأداء من غير إيقاف فإن دفع إليه كان موقوفاً أو باطلًا على التردّد من التردّد فى تصرّف المرتد أنّه باطل أو موقوف.

و فى اشتراط الحاكم فى الحجر على المرتدّ إشكال، من الأصل و تسبّب الردّة للحجر، و من أنّه مسألة اجتهاديّة تتوقّف على حكم الحاكم.

و فى تعجيزه بالدفع إلى المرتدّ مع التلف إشكال من التردّد فى بطلان قبضه، و إيقافه على البطلان فى أنّه مضمون عليه لأنّه المتلف، أو على المكاتب حيث سلّطه على إتلافه.

و على التقديرين لو أسلم حسب عليه ما أخذه فى الردّة لأنّه ظهر بقاء أمواله على ملكه و قد قبض ماله فيجب عليه.

و يجوز لولىّ الطفل و المجنون الكتابة لمملوكهما مع الغبطة على رأى وفاقاً للخلاف و الشرائع، لعموم ما جوّز له التصرّف فى أموالهما. و صحيح معاوية بن وهب و حسنه قال للصادق (عليه السّلام): إنّى كاتبت جارية لأيتام لنا و اشترطت عليها إن هى عجزت فهى ردّ فى الرقّ و أنا فى حلّ ممّا أخذت منك، فقال له: لك شرطك «١». و خلافاً للمبسوط و الجامع، لأنّه معاملة على ماله بماله فهو تبرّع لا غبطة فيه.

و يصحّ كتابة المريض من الثلث، لأنّه معاملة على ماله بماله، فإن خرج من الثلث أو برئ من مرضه عتق أجمع عند الأداء و إن لم يبرأ و لم يكن له غيره صحّت فى ثلثه و كان الباقى رقّاً على رأى من جعل المنجّزات من الثلث.

[الركن الرابع: العبد]

الركن الرابع: العبد بل المملوك و له شرطان التكليف بالاتّفاق و الإسلام.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٨٥ ب ۴ أنّ المكاتب المطلق يعتق منه .. ح ١.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٨٠

فلو كاتب الصبىّ أو المجنون لم ينعقد، إذ ليس لهما أهليّة القبول و يحتمل قبول المولى أو الحاكم أو الجدّ لهما، و هو بعيد؛ لكونه خلاف الأصل و لا قاطع به، و للاستصحاب، و لأنّهما لا يتبعان الكتاب و لا عليهما السعى، و مقتضى الكتابة وجوب السعى. خلافاً لبعض العامّة بناءً على كونها عتقاً بصفة.

و لو كاتب المسلم كافراً فالأقرب البطلان وفاقاً للمرتضى و الشيخ و المحقّق و ابنى زهرة و إدريس و شهرآشوب، للإجماع كما فى الانتصار و الغنية، و لاشتراطه فى الآية «١» بأن يعلم فيهم خير، و الإيمان أسبق إلى الذهن منه من المال، فإنّ المؤمن يسمّى خيراً و إن كان معسراً، و الموسر لا يسمّى به إذا كان كافراً، و لأنّ المعروف استعمال الخير بمعنى المال لا القدرة على كسبه و تحصيله، و هو لا يلائم ظاهر الآية للفظة «فى» إذ لا يقال: فى فلان مال، و لقول الصدوق فى المقنع: و روى فى تفسيرها أن إذا رأيتموهم يحبون آل محمد (صلّى اللّه عليه و آله) فارفعوهم درجة، و ما تقدّم من خبرى الحلبى «٢» و محمّد بن مسلم «٣» حيث فسّر الخير فيهما بالدين و المال، و نصّ فى ثانيها على الإقرار بالشهادتين، و لكونه موادّة، و لقوله تعالى: «وَ آتُوهُمْ مِنْ مٰالِ اللّٰهِ الَّذِى آتٰاكُمْ» «۴» و الكافر لا يستحقّ الموادّة و لا الزكاة و لا الصلة، و الكلّ ضعيف، فإنّ النصوص «۵» إنّما دلّت على اختصاص رجحان المكاتبة بالمؤمن لا جوازه و كونه موادّة، و استلزام الإيتاء لها ممنوع. و خلافاً للقاضى و ابن سعيد و الشيخ فى موضع من المبسوط، لكونه معاملة كالبيع أو بيعاً.

و لو كاتبه أى الكافر مثله لم يصحّ أيضاً على إشكال تقدّمت الإشارة إليه، و لعلّه إنّما ذكر هذا الكلام هنا إشارة إلى أنّ لمن أبطل مكاتبة المسلم

---

(١) النور: ٣٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٨٣ ب ١ استحباب مكاتبة المملوك .. ح ١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٨۴ ب ١ استحباب مكاتبة المملوك .. ح ۵.

(۴) النور: ۳۳.

(۵) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۳ ب ۱ استحباب مكاتبة المملوك ..

مملوكة الكافر أن يستشكل فيما إذا كاتب الكافر مملوكة الكافر، من عموم ما أبطل مكاتبة المملوك الكافر، و زيادة أنّ التقرّب لا- يتأتّى من المولى الكافر. و من أنّ النصوص المبطلة يختصّ بالمؤمنين إذا أرادوا المكاتبة كما لا يخفى، فيبقى المولى الكافر على أصل الجواز مع منع اشتراط التقرّب أو امتناعه من الكافر.

و يجوز أن يكاتب بعض عبده على رأى وفاقاً للخلاف، للأصل و العموم، و خصوص خبر أبى بصير سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل أعتق نصف جارية ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، فقال: فليشترط عليها أنّها إن عجزت عن نجومها فإنّها تردّ فى الرقّ فى نصف رقبتها، قال: فإن شاء كان له فى الخدمة يوم و لها يوم إن لم يكاتبها «۱».

و خلافاً للمبسوط على تردّد؛ لفقد المقصود من الكتابة، و هو ارتفاع الحجر عنه، لأنّ السيّد يمنعه من السفر بما فيه من الرقّ، و لا يأخذ من الصدقات، و إذا أخذ اقتضى له أن يقاسم السيّد عليها، و ضعفه ظاهر؛ لارتفاع الحجر عنه بإزاء ما ينعتق منه. و كذا ما قيل: من لزوم التناقض؛ لوجوب السعى عليه للمكاتبة، و جواز امتناعه منه لباقيه.

و يجوز أن يكاتب حصّته من المشترك اتّفاقاً كما فى التحرير و ظاهر المبسوط. و ربّما يتخيّل المنع منه للتناقض و كذا من المعتق بعضه اتّفاقا كما يظهر من التحرير.

و لو كاتب حصّته بغير إذن شريكه صحّ و إن كره الشريك وفاقاً للخلاف و الجامع، للأصل و العموم.

و خلافاً للمبسوط و الشرائع، لتضرّر الشريك به، و يظهر الإجماع من المبسوط.

و لا تسرى الكتابة إلى باقى حصّته أى الباقى من المملوك سوى حصّته أو الحصّة، نعم كل المملوك و بعضه و لا إلى حصّة شريكه فإنّها ليست من العتق فى شي‌ء.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۵ ب ۱۲ حكم من أعتق نصف .. ح ۱.

نعم قيل فى المبسوط إذا أدّى جميع مال الكتابة عتق كلّه و قوّم حصّة شريكه عليه إن كان موسراً، و لو كان تمامه له سرى العتق إلى باقيه لحصول العتق حينئذٍ، فيعمه أدلّة السراية إلّا أنّه بنى السراية إن كان تمامه له على القول بالصحّة، فإنّه يبطل على تردّد كما عرفت.

و إذا أدّى المملوك المشترك شيئاً إلى مكاتبه من المولين وجب أن يؤدّى مثله إلى شريكه، سواء أذن الشريك فى كتابته أو لا إن اشتركا فيه بالسويّة لتساويهما فى استحقاق ما يكسبه، و إلّا فبالنسبة.

و لو أدّى مال الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لاستحقاق بعضه لغيره.

و لو أدّى المال بجزئه المكاتب مثل أن هاياه المولیان فكسب فى نوبته أى المكاتب منهما أو هاياه بصيغة المفرد أى هاياه غير المكاتب منهما فكسب المكاتب فى نوبته، أى نوبة نفسه أو اعطى من سهم الرقاب لم يكن للآخر فيه شي‌ء.

و لو تجزّأ ثلاثة أجزاء أحدها حرّ و لو بالكتابة و ورث بجزئه الحرّ ميراثاً و بجزئه المكاتب أخذ من سهم الرقاب كان له الدفع إلى مكاتبه، و لا شي‌ء للآخر، لأنّه لم يأخذ بسبب الرقّية شيئاً. و لو كاتبه السيدان جاز سواء تساويا فى العوض أو اختلفا، و سواء فيهما تساويا فى الملك أو اختلفا، و سواء اتّحد العقد بأن وكّلا ثالثاً أو وكّل أحدهما الآخر أو اتّفقا فى الإيجاب أو تعدّد للأصل

و العموم. و للعامّة خلاف فى جواز التفاضل مع التساوى فى الملك أو الاختلاف.
و ليس له أن يؤدّى إلى أحدهما أكثر ممّا للآخر إن تساويا فى العوض و لا قبله بل يؤدّى إليهما معاً إلّا بالإذن.

[الفصل الثالث فى الأحكام و فيه مطالب ستّة]

اشارة

الفصل الثالث فى الأحكام و فيه مطالب ستّة:

[المطلب الأوّل ما يحصل به العتق]

الأوّل: ما يحصل به العتق للمكاتب و هو يحصل فى المكاتبة

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٨٣

الصحيحة بأداء جميع المال إن كان المكاتب مشروطاً و بالإبراء و بالاعتياض عنه بعين أو دين و بالضمان عنه، و لا يحصل بجزء من النجوم جزء من الحرّية حتّى يؤدّى الجميع اتّفاقاً عملًا بالشرط أمّا المطلق فكلّما أدّى شيئاً انعتق بإزائه، و لو بقى على المشروط أقلّ ما يمكن لم ينعتق منه شى‌ء فإن عجز عن أداء ما بقى كان لمولاه استرقاقه و المقبوض له أى للمولى و المشروط قبل الأداء كلّه رقّ فيكون فطرته على مولاه و كذا المطلق إذا لم يؤدّ شيئاً، لعموم النصوص بوجوبها عن المملوك، و خصوص قول الصادق (عليه السّلام) فى مرفوع محمّد بن أحمد بن يحيى: يؤدّى الرجل زكاته عن مكاتبه و رقيق امرأته «١» الخبر. فإن أدّى المطلق شيئاً فبالحصص. و سأل علىّ بن جعفر فى الصحيح أخاه (عليه السّلام) عن المكاتب هل عليه فطرة شهر رمضان أو على من كاتبه و يجوز شهادته؟ قال: الفطرة عليه، و لا يجوز شهادته «٢».
و للشيخ فى الخلاف قول، و فى المبسوط وجه بعدم وجوب فطرة المطلق على أحد منهما، تحرّر منه شى‌ء أم لا، لأنّه ليس بحرّ، فيلزمه حكم نفسه و لا قنّ. و قطع القاضى بالنفى عن مولى المشروط.
و لو كاتبا عبداً لم ينعتق حصّة أحدهما إلّا بأداء الجميع إليهما أو بإذن الآخر فى الأداء لما عرفت من اشتراكهما فيما يحصله، فلا يكون الأداء إلى أحدهما بدون إذن الآخر إلّا أداءً لبعض مال الكتابة.
و لو خلّف المولى ابنين فأدّى نصيب أحدهما إليه عتق نصيبه منه، و أداء النصيب إنّما يكون بإذن الآخر أو مع أداء نصيب الآخر، فإنّه إن اقتصر على الأداء إلى أحدهما من غير إذن الآخر لم يكن أدّى إليه تمام نصيبه بل نصفه،

---

(١) وسائل الشيعة: ج ۶ ص ٢٢٩ ب ۵ من أبواب زكاة الفطرة ح ٩.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٠٢ ب ٢٢ حكم المكاتب فى .. ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴٨۴

إلّا أن يؤدّى إليه جميع النصيبين. و بالجملة فالتعبير بالنصيب يدفع المنافاة بينه و بين ما تقدّم.
و لا ينعتق المكاتب بملك مال الكتابة بل بأدائه فإنّه الّذى علّق عليه العتق، و ليس الحصول فى يده كالحصول فى يد القنّ الّذى هو بمنزلة الحصول فى يد المولى؛ لانقطاع التصرّف عن المكاتب، و الأداء يكفى فى العتق و إن كان قبل الأجل إن رضى

المالک بقبضه حینئذٍ بالنصّ «۱» و الإجماع علی الظاهر.

و لو جنّ السیّد و قبض النجوم فی جنونه لم یعتق حتّی یسلّم إلی الولیّ إذ لا عبرة بهذا القبض شرعاً، خلافاً لبعض العامّة.

و لو تلف فی ید السیّد المجنون فلا ضمان علیه، لأنّه الّذی أتلفه علی نفسه بالتسلیم إلی المجنون.

أما لو أتلف السیّد علیه مالًا من غیر تسلیم إلیه فإنّه یقاصّ بمال الکتابة لضمان المجنون فی ماله بالإتلاف.

و لو جنّ العبد فقبض منه السیّد عتق لصحّة القبض و إن لم یصحّ الإقباض. قیل: و الأولی إذن الحاکم إن أمکن، لأنّ له الولایة، إلّا أن نقول بولایة السیّد فی استیفاء المال.

و لو ادّعی الکتابة فصدّقه أحد الوارثین و کذّبه الآخر قبلت شهادة المصدّق علیه أی الکتابة أو المکذّب أو المکاتب، أی له إن کان عدلًا.

و هل یکفی معه الیمین أو لا بدّ من شاهد آخر؟ قولان و إلّا یکن عدلًا و لم یکن للمکاتب بیّنة حلف المکذّب علی نفی العلم إن ادّعی علیه العلم و صار نصفه مکاتباً و الآخر رقّاً و إلّا حلف المکاتب و صار کلّه مکاتباً فإن أعتقه المصدّق معجّلًا سری إلی الباقی، و إن أبرأه لم یسر لأنّه إنّما عتق بإعتاق المورث، و الوارث شاهد لا معتق، و المعتق الآن معسر؛ لانتقال

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۶ ص ۹۸ ب ۱۷ أنّ المکاتب إذا أراد .. ح ۲.

ترکته إلی الوارث و کذا إن أدّی النجوم فعتق به و إذا عجز کان له أی المصدّق ردّه فی الرقّ لقیامه مقام المورّث.

ثمّ المنکر إن کان قد أخذ نصف کسبه فما فی یده للمصدّق خاصّة، کسبه قبل الکتابة أو بعدها. ثمّ لا فرق فی کسبه فی حیاة المولی و بعدها، قبل ثبوت المکاتبة و بعدها فی اشتراک الوارثین فیه، و لهما أن یهایاه.

فإن هایأه ثمّ إن ادّعی المنکر أنّ ما فی یده متقدّم علی ادّعاء الکتابة أو کسبه فی حیاة المورث قبل عقدها، و بالجملة قبل المهایاة فهو بیننا و ادّعی الآخر التأخّر لیختصّ به قدّم قول الآخر مع یمینه للأصل.

و لو ظهر عیب فی العوض فله ردّه و إبطال العتق إن عجز عن غیره و له القبول و أخذ الأرش فیبقی علی العتق، و لو تعیّب عنده کان له دفعه بالعیب المتقدّم بالأرش، و قیل: لا.

و قد مضی جمیع ذلک مع الاستشکال له فی بطلان العتق إذا ردّه بعد قبضه لظهور العیب، فیحتمل أن یکون ما قطع فیه بالبطلان هنا ما إذا کان العیب ظاهراً فی العوض قبل القبض، فله أن یردّه أی لا یقبضه، و لا إشکال حینئذٍ فی البطلان. و یحتمل أن یکون عین ما تقدّم أو ما یعمّه، و وکل الاستشکال إلی ما تقدّم.

و لو رضی المالک المعیب انعتق قطعاً و هل ینعتق من حین الرضا أو من حین القبض إن لم یکن ظهر إلّا بعده؟ إشکال من أنّ الرضا کاشف عن صحّة القبض أو متمّم له، و یؤیّد الثانی أنّ المتبایعین فی الصرف إذا تقابضا ثمّ تفرّقا صحّ البیع و إن ظهر عیب فی العوضین أو أحدهما، و الأوّل أنّ المعیب غیر العوض المعقود علیه.

و لو اطّلع علی العیب بعد التلف کان له ردّ العتق لأنّه غیر مال الکتابة إلّا أن یسلّم الأرش فعلیه القبول أو إمضاء العتق، إذ لم یبق له بالتلف الردّ فإن عجز عن الأرش کان له الاسترقاق لأنّه کالعجز عن بعض النجوم.

[المطلب الثانی فی أحکام الأداء]

المطلب الثانى فى أحكام الأداء و يجب القبول مع دفع النجم عند حلوله إلّا أن يبرئه و لو كان غائباً قبضه الحاكم فإن تعذّر فالأقرب الاكتفاء بتعيين المكاتب له.

و لو قال: هو حرام عليّ لم يقبل منه فلا يضرّ المكاتب و إن امتنع من القبض، إلّا أن يصدّقه أو ثبته المولى أو يحلف فيكلّف العبد عوضه، و إلّا كلف المولى القبض أو الإبراء، و إن امتنع قبض عنه الحاكم و عتق.

و إذا قال ذلك مع قبضه له يحتمل أن ينتزعه منه الحاكم فيحفظه فى بيت المال إلى أن يعيّن الولى «١» مالكه أو يتعيّن من جهة أُخرى، فالأولى كون «تعيّن» بصيغة المجهول، و ذلك لأنّه مال لغير من هو فى يده، فلا بد من انتزاعه منه، و لما كان مجهولًا لزم حفظه إلى أن يتبيّن كمال الغائب.

و يحتمل ما فى المبسوط من أن يبقيه فى يده لأنّه لا منازع له فحينئذٍ يبقى فى يده الأقرب قبول تكذيب نفسه لما ادّعاه من الحرّية، لأنّه ذو يد من غير منازع. و يحتمل العدم، لأنّه إنكار بعد إقرار، لكن الأوّل أنسب بالإبقاء فى يده.

أمّا لو عيّن المالك له لم يقبل تكذيبه لنفسه من غير إشكال إلّا أن يكذّبه المقرّ له إن كان من أهله بأن لم يكن صبيّاً و لا مجنوناً أو نحو ذلك.

و لو قبضه المكاتب من مال الصدقة وجب قبوله بالنصوص «٢» و الإجماع فإن عجز فاسترقّ فالأقرب عدم زوال ملكه أى المولى عنه أى عمّا قبضه من الصدقة، استصحاباً لما استقرّ عليه من ملكه. خلافاً لأبى عليّ استناداً إلى أنّه إنّما أعطى لفكّ الرقبة، فإذا لم يفكّ لم يصرف فى مصرفه فيردّ إلى المزكّى الّذى دفعه إن عرف، و إلّا فإلى أهل الصدقات.

---

(١) فى ق و ن: «المولى».

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٢ ب ٢١ جواز إعطاء المكاتب ..

و لا يجب على المولى الإنظار مع الحلول إلّا بقدر ما يخرج المال من حرزه أو يأتى به من منزله القريب أو يفرغ من الصلاة أو من قضاء الحاجة أو نحو ذلك.

و لو كان المكاتب عند الحلول غائباً فالأقرب أنّ له الفسخ لتحقّق العجز، و فى المبسوط و التحرير ليس له الفسخ، إلّا بعد الرفع إلى الحاكم، و إثبات أنّ له على عبده من مال المكاتبة ما عجز عنه، و استحلافه على عدم القبض، ثمّ قضاؤه بالفسخ كما يقضى على الغائب.

و كذا لو كان له عروض من غير جنس مال الكتابة لا تباع إلّا بعد مهلة أو كان فى منزل له بعيد.

و لو غاب بعد الحلول بغير إذن السيّد فله الفسخ من غير حاجة إلى القاضى لتسلّطه على الفسخ و هو حاضر و إن كان بإذنه فهو إنظار له فليس له الفسخ إلّا أن يخبره بالندم على الإنظار فإنّ له الندم عليه فيقصر فى الإياب أو إنفاذ المال أو تسليمه إلى وكيله.

و فى المبسوط و التحرير: أنّه إن ندم على الإنظار فإن كان المكاتب حاضراً فإن عجز كان له الفسخ، و إن أدّى عتق و عليه الإنظار لإحضاره من منزله القريب أو نقد العروض إن لم يفتقر إلى مهلة طويلة و نحو ذلك كما تقدّم، و إن كان غائباً افتقر إلى الرفع إلى الحاكم و إثبات الحقّ و الحلف على عدم القبض فيكتب الحاكم إلى حاكم البلد الّذى فيه المكاتب ليخبره، فإن عجز أخبر السيّد ففسخ إن شاء، و إن كان له مال كلّفه الحاكم إيصاله إلى المولى بنفسه أو وكيله أو إلى وكيل المولى إن وكّل فى قبضه، فإن توانى فى ذلك كان له الفسخ، و للسيّد أن يوكّل وكيله فى القبض فى الفسخ إن امتنع.

و لو منع المكاتب سيّده من القبض مع القدرة على الأداء فهل للمولى الإجبار على الأداء أو الحاكم أو لا إجبار لأحدهما؟ فيه

نظر الأقرب ذلك أى لأحدهما الإجبار. و ظاهر التحرير أنّ للسيّد إجباره، لأنّه

صاحب الحقّ و المكاتب مملوكه و كسبه له، و إنّما انقطع عنه سلطانه فى غير الاستيفاء.

و يحتمل الافتقار إلى الحاكم؛ لانقطاع سلطان المولى عنه، فهو بمنزلة حرّ مديون، فلا يجبره إلّا الحاكم، و بناء هذين على لزوم المكاتبة، و على جوازها لا إجبار، فإنّ له الفسخ، و إذا فسخ كان له جميع ما بيده.

و لا- يثبت الإجبار إلّا حيث يتضرّر بتركه، و إليه أشار بقوله و إن منعناه أى الإجبار كان له الفسخ، و كذا فى إلزامه بالسعى إن امتنع منه من الاحتمالات الثلاثة.

و لو جنّ العبد لم تنفسخ الكتابة و كذا المولى للأصل و اللزوم و كذا لو جنّا معاً أى جميعاً.

نعم للمولى الفسخ إذا لم يكن للمجنون مال لتحقّق العجز فإن كان له مال فللحاكم الأداء عنه ليعتق كما فى المبسوط مع المصلحة له فيه.

و الأقرب أنّ للسيّد الاستقلال بأخذ النجوم من ماله؛ لما عرفت من أنّ سلطانه إنّما ارتفع عنه فيما عدا الاستيفاء.

و لو مات المشروط بطلت الكتابة و إن خلّف وفاءً لمال الكتابة وفاقاً للنهاية و المبسوط و السرائر و الشرائع و الجامع لتعذّر العتق و تحقّق العجز، و الأخبار كصحيح ابن سنان عن الصادق (عليه السّلام): فى مكاتب يموت و قد أدّى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته، قال: إن كان اشترط عليه إن هو عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكاً، و الجارية و إن لم يكن اشترط عليه أدّى ابنه ما بقى من مكاتبته و ورث ما بقى «١».

و فى الخلاف: إن خلّف وفاءً و فى منه ما عليه و كان الباقى لورثته، و إلّا كان ما خلفه لمولاه للعجز، و استدلّ بإجماع الفرقة و أخبارهم.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٤١٠ ب ٢٣ من أبواب موانع الإرث ح ٢.

و أطلق الصدوق أنّه إن مات مكاتب أدّى بعض ما عليه و له ابن من جارية و ترك مالًا فإنّه يؤدّى عنه ما بقى من مكاتبة أبيه و يعتق و يرث ما بقى.

عن المفيد أنّه أطلق أنّه يؤدّى مال الكتابة و الباقى لوارثه، فإن لم يكن فضل فالجميع للمولى.

و لو استعمله أو حبسه شهراً و غرم الأجرة لم يلزمه الإنظار بعد الأجل شهراً و إن كان يمكنه كسب أكثر منها إن لم يكن استعمله، فإنّ الأُجرة عوض ما استوفاه من العمل أو منعه منه، فإذا أدّاها فكأنّه لم يمنعه من العمل لنفسه. و تركة المشروط لمولاه و إن بقى عليه درهم لما عرفت من بطلان كتابته فيعود قنّاً و أولاده رقّ للمولى لذلك أمّا المطلق فيتحرّر منه بقدر ما أدّى، و يكون الباقى رقّاً لو مات قبل الوفاء فيأخذ المولى من تركته بقدره و لورثته منها بقدر الحرّية و انعتق من أولاده مثل ما انعتق منه و يؤدّى الوارث التابع له فى الكتابة و هو الولد ممّا ورثه من نصيب الحرّية ما بقى من مال الكتابة و انعتق جميعه، لصحيح بريد العجلى سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم و لم يشترط عليه حين كاتبه إن [هو] عجز عن مكاتبته فهو ردّ فى الرقّ و المكاتب أدّى إلى مولاه خمسمائة درهم ثمّ مات المكاتب و ترك مالًا و ترك ابنا له مدركاً، فقال: نصف ما ترك المكاتب من شىء فإنّه لمولاه الّذى كاتبه و النصف الباقى لابن المكاتب، لأنّه مات و نصفه حرّ و نصفه عبد، فإذا أدّى الّذى كان كاتب أباه و بقى على أبيه فهو حرّ لا سبيل لأحد من الناس عليه «١». و أمّا انتقال الميراث إليه على قدر الحرّية أوّلًا و

كون الأداء من نصيبه فمع أنّه قضيّة الأصل نطق به هذا الخبر.
و صحيح محمّد بن قيس عن الصادق (عليه السّلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى مكاتب توفّى و له مال، قال: يقسّم ماله على قدر ما أُعتق منه لورثته و ما لم يعتق

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٤١١ ب ٢٣ من أبواب موانع الإرث ح ٥.

يحتسب منه لأربابه الّذين كاتبوه هو ماله «١». و ربّما يرشد إليه صحيحته أيضاً عن الباقر (عليه السّلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى مكاتبة توفّيت و قد قضت عامه الّذى عليها و قد ولدت ولداً فى مكاتبتها، قال: فقضى فى ولدها أن يعتق منه مثل الّذى عتق منها و يرقّ منه ما رقّ منها «٢».
و إن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقى على أبيهم و عتقوا؛ لعدم الفارق بين ما يكسبونه بالإرث و غيره، و لخبر مهزم سأل الصادق (عليه السّلام) عن المكاتب يموت و له ولد، فقال: إن كان اشترط عليه فولده مماليك، و إن لم يكن اشترط عليه سعى ولده فى مكاتبة أبيهم و عتقوا إذا أدّوا «٣».
و احتمل بعضهم نفى السعى، و هو مبنىّ على كون أداء الباقى من أداء الدين و عليهم الأداء أو السعى بالسويّة و إن اختلفوا فى الاستحقاق للميراث لاختلافهم ذكورة و أُنوثة أو القيمة فإنّهم متساوون فيما عتق منهم و ما بقى.
و لو تعذّر الاستيفاء من بعضهم لغيبة أو غيرها أُخذ من نصيب الباقى جميع ما تخلّف على الأب إذ ما لم يأخذ الجميع لم يصر الأب بمنزلة ما أُعتق جميعه فلم يفد عتق جميع الباقى و إذا أخذ الجميع عتق الجميع أى الغائب و الباقى.
و لو لم يكن تركة و غاب البعض أو لم يسع سعى الباقى فى الجميع و ليس للمؤدّى مطالبة الغائب بنصيبه فإنّ كلّ جزء ممّا يؤدّيه يدخل فى عتق نفسه و إن ألزمه أنّ مع الأداء ينعتقون كلّهم فالمؤدى إنّما سعى فى فكاك رقبة نفسه و إن تبعه فكاك رقبة الآخر.
و الأقرب أنّ للمولى إجبارهم على الأداء لسراية مكاتبة مورثهم فيهم فينزلوا منزلة المكاتبين، و لظاهر الأخبار «٤» الآمرة بالأداء.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٩ ب ١٩ أنّ المكاتب إذا انعتق منه شىء .. ح ١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩١ ٩٢ ب ٧ أنّ المكاتب المطلق إذا تحرّر منه شىء .. ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٢ ب ٧ أنّ المكاتب المطلق إذا تحرر منه شىء .. ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٤١١ ٤١٢ ب ٢٣ من أبواب موانع الإرث ح ٦ و ٧.

و يحتمل العدم؛ للأصل مع وقوع المكاتبة مع غيرهم، و احتمال الأخبار ظاهراً توقّف عتقهم على الأداء لا وجوبه عليهم.
و يحتمل الإجبار إذا كان تركة لا على السعى لكونه ديناً، فلا بدّ من قضائه من التركة دون السعى إذا لم يكن تركة، و هذا على ما سيأتى من الرواية بأنّهم لا يرثون إلّا بعد الأداء، و لقول الصادق (عليه السّلام) فى خبر مالك بن عطيّة: و إن كان لم يشترط ذلك عليه فإنّ ابنه حرّ و يؤدّى عن أبيه ما بقى ممّا ترك أبوه، و ليس لابنه شىء حتّى يؤدّى ما عليه، و إن لم يترك أبوه شيئاً فلا شىء على ابنه «١».
و فى رواية الأكثر يؤدّى الأولاد المتخلّف من الأصل و لهم الباقى كما قاله أبو علىّ، ففى الصحيح عن جميل بن درّاج عن

الصادق (عليه السّلام): فی مكاتب يموت و قد أدّى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته و ترک مالًا، قال: يؤدّى ابنه بقية مكاتبته و يعتق و يورث ما بقى «۲». و نحوه أخبار أُخر «۳». و يمكن حملها على اختصاص الوارث بما يبقى بعد الأداء و إن كان يرث أوّلًا كلّ ما بإزاء الحرّية و إن أُبقيت على ظواهرها فلكون مال الكتابة من الديون. و توقّف فی التحرير كما يظهر من الكتاب.

و لو لم يؤدّ المطلق شيئاً مات رقّاً و كان أولاده أرقّاء و المال للمولى، و لو كان الوارث حرّا و قد عتق نصف المكاتب مثلًا ورث بقدره و الباقی للمولى و لا أداء على الوارث، لأنّه إنّما كان يؤدّى لعتقه و هو هنا حرّ.

و لو خلّفهما أی وارثين حرّا و آخر تابعاً له فللمولى النصف و الباقی بينهما على ما يأتی فی الميراث من جهة القسمة فيؤدّى المكاتب أی الوارث التابع له فی الكتابة من نصيبه ما بقى على أبيه و ينعتق و إن لم يف به نصيبه سعى فی الباقی. هذا على المختار، و على ظواهر الروايات المتقدمة

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۱۰۰ ۱۰۱ ب ۱۹ أنّ المكاتب إذا انعتق منه شیء .. ح ۵.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۲ ب ۷ أنّ المكاتب المطلق إذا تحرر منه شیء .. ح ۳.

(۳) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۹۹ ب ۱۹ أنّ المكاتب إذا انعتق منه شیء .. ح ۲.

للأداء على الإرث يتّجه هنا تقديمه. ثمّ إن بقى شیء كان بين الوارثين على ما يأتی.

و يرث هذا المطلق إذا أدّى شيئاً و يورث و تصحّ الوصيّة له، كلّ ذلک بقدر ما فيه من الحرّية دون الرقّية كما فی صحيح محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السّلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فی مكاتب تحته حرّة فأوصت له عند موتها بوصيّة، فقال: أهل المرأة لا يجوز وصيّتها له، لأنّه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى أنّه يرث بحساب ما أُعتق منه، و يجوز له من الوصيّة بحساب ما أُعتق منه، و قضى فی مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيّة فأجاز ربع الوصيّة، و قضى فی رجل حرّ أوصى لمكاتبه و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أُعتق منها، و قضى فی وصيّة مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيّته بحساب ما أُعتق منه «۱».

و يحدّ حدّ الحرّ بقدر ما فيه من الحرّية و حدّ العبد بالباقی كما فی خبر محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السّلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) فی مكاتبة زنت، قال: ينظر ما أدّت من مكاتبتها فيكون فيها حدّ الحرّة، و ما لم تقض فيكون فيها حدّ الأمة، و قال: فی مكاتبة زنت و قد عتق منها ثلاثة أرباع و بقى ربع فجلدت ثلاثة أرباع الحدّ حساب الحرّة على مائة فذلک خمسة و سبعون جلدة، و ربعها حساب خمسين من الأمة اثنا عشر سوطاً و نصف فذلک سبعة و ثمانون جلدة و نصف «۲».

و يحدّ المولى لو زنى بها بقدر الحرّية دون الرقّية كما فی نحو خبر الحسين بن خالد عن الصادق (عليه السّلام) أنّه سأل عن رجل كاتب أمة له فقالت الأمة: ما أدّيت من مكاتبتی فأنا به حرة على حساب ذلک، فقال لها: نعم فأدت بعض مكاتبتها و جامعها مولاها بعد ذلک، قال: إن كان قد استكرهها على ذلک ضرب من

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۱۰۱ ب ۲۰ أنّ المكاتب المبعض يرث و يورث بقدر الحرّية .. ح ۲.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۸ ص ۴۰۴ ب ۳۳ من أبواب حدّ الزنا ح ۳.

الحدّ بقدر ما أدّت من مكاتبتها و ادرأ عنه من الحدّ بقدر ما بقى له من مكاتبتها، و إن كانت تابعته كانت شريكته فی الحدّ

ضربت مثل ما يضرب «١».

و يجب على السيّد إعانة المكاتب من الزكاة إن وجبت عليه و إلّا استحبّ على رأى وفاقاً للخلاف و النافع و الشرائع و المقنعة و الوسيلة فى الاستحباب على الثانى.

أمّا الوجوب على الأوّل فلقوله تعالى: «وَ آتُوهُمْ مِنْ مٰالِ اللّٰهِ الَّذِي آتٰاكُمْ» «٢» لظهور الأمر فى الإيجاب.

و أمّا الاستحباب على الثانى فلكونه برّاً و صدقة، و لنحو صحيح محمّد بن مسلم سأل أحدهما (عليهما السّلام) عن الآية، فقال: الّذى أضمرت أن يكاتبه عليه لا تقول: أُكاتبه بخمسة آلاف و أترك له ألفاً، و لكن انظر الّذى أضمرت عليه فأعطه منه «٣». و خبر العلاء بن فضيل عن الصادق (عليه السّلام) فى الآية، فقال: تضع عنه من نجومه الّتى لم تكن تريد أن تنقصه منها و لا تزيد فوق ما فى نفسك، فقلت: لِمَ؟ فقال: وضع أبو جعفر عن مملوك له ألفاً من ستّة آلاف «٤». و قوله (عليه السّلام): من أعان مكاتباً على فكّ رقبته أظلّه اللّه فى ظلّ عرشه «٥». و قيل له (عليه السّلام): علّمنى عملًا يدخلنى الجنّة، فقال: أعتق نسمة و فكّ رقبة، فقيل: أ ليسا واحداً، قال: لا عتق النسمة أن تنفرد بعتقها، و فكّ الرقبة أن تعين فى ثمنها «۶».

و أمّا عدم الوجوب فللأصل، و ظهور الآية فى الإيتاء من مال قد حصل عليه اليد، و الحطّ من النجوم ليس كذلك، و لا دليل على وجوب حقّ فى مال غير الخمس و الزكاة، فالآية ظاهرة فى وجوب أداء الزكاة إليهم لا غير.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ۴٠۶ ب ٣۴ من أبواب حدّ الزنا ح ١.

(٢) النور: ٣٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ٩٣ ب ٩ أنّه يستحبّ للسيّد وضع شىء من مال المكاتبة .. ح ١.

(۴) المصدر السابق: ص ٩٣ ٩۴ ح ٢.

(۵) عوالى اللآلى: ج ٣ ص ۴٣۴ ح ١٠ و فيه: «من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً».

(۶) سنن البيهقى: ج ١ ص ٢٧٣.

و فى التبيان: قال قوم: المعنى آتوهم من سهمهم من الصدقة الّذى ذكره فى قوله: «وَ فِي الرِّقٰابِ» ذكره ابن زيد عن أبيه، و هو مذهبنا. و فى الخلاف: أنّ على المسألة إجماع الفرقة و أخبارهم.

و أنّه لو وجب الحطّ لانعتق إذا بقى عليه أقلّ ما يتموّل لاستحقاقه ذلك على سيّده. و قيل أيضاً: لو وجب الحطّ لكان عقد المكاتبة موجباً لشىء مسقطاً له معاً، و أنّه لو وجب فإمّا أن يتعيّن قدره فمال الكتابة ما سواه أو لا، فالعوض مجهول.

و يدفع الثلاثة أنّ الوجوب لا يسقط و لا يشغل ذمّة السيّد به و إن أثم بتركه.

و خيرة المبسوط الوجوب مطلقاً؛ لظاهر الأمر.

و خيرة التبيان و الجامع و المختلف الاستحباب مطلقاً؛ للأصل و إطلاق الآية، مع أصالة عدم الوجوب على من لا يجب عليه زكاة، فينبغى حمل الأمر على الرجحان، فهو أولى من التخصيص بمن عليه زكاة، مع أنّ الأصل عدم الوجوب عليه أيضاً.

و فى النهاية: أنّ المطلق إذا عجز عن التوفية كان على الإمام فكّ رقبته من سهم الرقاب. و زاد ابن إدريس أنّه إن كان يجب على السيّد زكاة وجب عليه الفكّ.

و لا يتقدّر ما يجب أو يستحبّ إيتاؤه قلّة و لا كثرة عندنا؛ لعدم النصّ، و للعامّة قول بالتقدير بالربع، و آخر بما يقع به الاستغناء و هو على حسب مال الكتابة. ثمّ وقت الإيتاء موسّع من حين الكتابة إلى العتق و يتضيّق إذا بقى عليه أقلّ ما يسمّى مالًا و قال بعض

العامّة: بل يؤتيه بعد العتق كالمتعة فى الطلاق.

و يؤيّد الأوّل مع الأخبار و أنّ العلّة فيها الإعانة على الفكّ أنّ الآية أمرت بإيتاء المكاتبين، و إذا عتق لم يكن مكاتباً.

و لو أخلّ بالإيتاء حتّى انعتق بالأداء قيل فى المبسوط وجب القضاء لأنّه قضيّة كلّ حقّ مالى ثبت على ذمّة، و لصدق المكاتب عليه أبداً بناءً على عدم اشتراط بقاء المبدأ فى إطلاق المشتقّ، فيشمله عموم الأمر.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ۴۹۵

و يحتمل العدم، بناء على أنّه ليس مكاتباً بعد العتق، و القضاء إنّما يجب بأمر جديد، و ليس من الأموال المعيّنة الثابتة فى الذمّة، إذ لا يستلزم وجوب الإيتاء.

و يجوز لكلّ من السيّد و المكاتب المقاصّة فيقاصّ السيّد سهمه من الزكاة بما يعطيه من مال الكتابة، و يقاصّ المكاتب ما يجب له على السيّد، و هو أقلّ ما يتموّل من مال الكتابة أو غيره من أموال سيّده إن أوجبنا الإيتاء، لأنّه حقّ له عليه، فإذا تحقّق شرط المقاصّة كانت له المقاصّة.

قيل فى المبسوط و يجب على المكاتب قبول الإيتاء إن دفع المالك من عين مال الكتابة أو من جنسه لأنّه من المال المأمور بإيتائه و لا يجب الإيتاء إذا لم يجب القبول.

و لو كان لمولاه عليه دين معاملة مع النجوم فله أن يأخذ ما فى يده بالدين، و يعجّزه إذا لم يملك إلّا ما يفى بأحدهما لاستقرار الدين عليه، بخلاف مال الكتابة و لأنّ فيه جمعاً بين الحقّين، فإنّه إذا عجز ملك الرقبة عوضاً عن مال الكتابة، و أمّا إذا أعتق باحتساب ما فى يده من مال الكتابة فربما لم يقدر على أداء الدين فيضيع.

و لو أراد تعجيزه قبل إخلاء يده عن المال بأخذه بالدين كان فيه إشكال من ملكه بقدر ما عليه من النجوم و هو باذل له، و العجز إمّا بعدم الملك أو بالامتناع من الأداء. و من أنّ للسيّد أخذه عمّا عليه من الدين غير مال الكتابة، و له الاختيار فى أخذه عن أيّهما شاء لا للمكاتب.

أمّا المطلق الّذى تحرّر منه شيء فليس له أى السيّد أن يأخذ منه إلّا ما يختاره المكاتب من الجهتين لتساويهما حينئذٍ فى الاستقرار و تعيين جهات الدين إلى المديون.

و لو كان عليه دين معاملة لأجنبىّ و أرش جناية احتمل التوزيع لما فى يده عليهما و الباقى للمولى إن زادت قيمة ما فى يده بعد القصور و الحجر؛ لاشتراكهما فى الاستقرار عليه و التعلّق بما فى يده.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ۴۹۶

و احتمل تقديم الدين على الأرش لأنّ للأرش متعلّقاً آخر هو الرقبة بخلاف الدين.

ثمّ الأرش يقدّم على النجوم لتقدّم حقّ الجناية على حقّ الملك هذا مع الحجر عليه و قبله له تقديم من شاء مع حلول الجميع، لأنّه مطلق التصرّف فله فعل ما شاء و إن حلّ البعض دون البعض، فإن كان المؤجّل مال الكتابة جاز له التعجيل، و إن كان غيره لم يجز إلّا بإذن المولى، لأنّ تعجيل المؤجّل يجرى مجرى الزيادة و الهبة، و هو لا يستبدّ بالهبة من الأجنبىّ. و من العامّة من لم يجز تعجيل مال الكتابة أيضاً.

و لو عجّز نفسه و عليه أرش و دين معاملة سقطت عنه النجوم و وزّع ما فى يده على الحقين على أوّل الاحتمال فى المسألة المتقدّمة.

و يحتمل تقديم الدين لتعلّق الأرش بالرقبة بخلاف الدين، فلو قدّم أو وزّع أمكن تضييع الدين، ففى تقديم الدين رعاية لصاحبه.

و يحتمل العكس رعاية للمملوك تخليصاً لرقبته من رقّ المجنىّ عليه، و لا ظلم على الدائن لأنّ صاحب الدين حيث أدانه رضى

بالتعلّق بذمّته، و لمستحقّ الأرش تعجيزه حتّى يتبع رقبته فيجوز أن يكون هذه الجملة من تتمّة التعليل، و يجوز أن يكون التعليل قد تمّ بما قبلها لفهم ذلك فى ضمنه.

و بالجملة لما تعلّق حقّ السيّد و المجنىّ عليه بالرقبة كان لكلّ منهما تعجيزه، فإن عجّزاه كان للمجنى عليه بيع رقبته فى الجناية إلّا أن يفديه السيّد، و إن عجّزه المجنىّ عليه دون السيّد رفع إلى الحاكم ليفسخ الكتابة و يبيع الرقبة فى الجناية.

و لو أراد السيّد فداءه ليبقى الكتابة جاز، و ليس لصاحب دين المعاملة تعجيزه لعدم الفائدة إذ لا يتعلّق حقّه بالرقبة بل بالذمّة و يتساوى الحال فيه بين التعجيز و عدمه. و للعامّة قول بتعلّقه بالرقبة أيضاً، و أنّ له تعجيزه.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۹۷

و لو كان للسيّد عليه دين معاملة ضارب الغرماء به لا بالنجم لتعلّق حقّه بالرقبة، ففى الضرب تضييع لحقّهم، و فى عدمه جمع بين الحقوق. هذا إذا كان مشروطاً و لو كان مطلقاً ضارب بالنجم أيضاً لانحصار حقّه فى الذمّة أيضاً.

و لو مات المشروط كان ما فى يده للديّان خاصّة لانفساخ الكتابة بموته فإن فضل شي‌ء فللمولى لأنّه كسب مملوكه و لو مات و كان عليه أرش جناية و ديون و لم يفِ ما تركه بالجميع قال الشيخ فى المبسوط بدأ بالدين؛ لتعلّق الأرش بالرقبة و إنّما كان تعلّق بما فى يده للكتابة، فإذا زالت انحصر فى الرقبة. و يحتمل التوزيع، لأنّه تعلّق بالتركة قبل الموت فيستصحب، فإنّه إنّما ينتقل منها إلى الرقبة إذا أمكن الاستيفاء منها فزوال الكتابة إنّما ينقله إلى الرقبة إذا أمكن ذلك.

و لو كان للمكاتب على سيّده مال فإن كان من جنس النجم و كانا حالّين تقاصّا بل وقع التقاصّ قهراً.

و لو فضل لأحدهما شي‌ء رجع صاحب الفضل به على الآخر، و لو اختلفا جنساً أو وصفاً لم يجز التقاصّ إلّا برضاهما و معه يجوز، سواء تقابضا أو قبض أحدهما ماله ثمّ دفعه إلى الآخر عوضاً عمّا فى ذمّته أو لم يتقابضا و لا أحدهما و سواء كان المالان أثماناً أو عروضاً أو بالتفريق للأصل و هذا حكم عامّ فى كلّ غريمين كان لكلّ منهما على الآخر مال.

و اشترط الشيخ التقابض إن كانا عرضين و قبض أحدهما إن كانا نقدين، قال: و إن تفرّقا فقبض العرض و دفع عن النقد جاز دون العكس. و كلّ ذلك مبنىّ على كون المقاصّة بيعاً.

و لو عجز المكاتب المطلق كلّا أو بعضاً وجب على الإمام فكّه من سهم الرقاب كما فى النهاية و السرائر لأنّ الصادق (عليه السّلام) سئل عن مكاتب عجز

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ۴۹۸

عن مكاتبته و قد أدّى بعضها، قال: يؤدّى عنه من مال الصدقة، إنّ اللّه تعالى يقول فى كتابه: «وَ فِي الرِّقٰابِ» «۱» فإن تعذّر استرقّ كلّا أو بعضاً.

[المطلب الثالث فى التصرّفات]

المطلب الثالث فى التصرّفات و هى: إمّا من السيّد أو العبد، أمّا السيّد فينقطع تصرّفه فى المكاتب بعقد الكتابة، سواءً كان مشروطاً أو مطلقاً إلّا مع عجز المشروط و ردّه إلى استرقاقه، و ليس له بيع رقبة المكاتب و إن كان مشروطاً قبل التعجيز بالاتّفاق، خلافاً لبعض العامّة و له بيع النجوم قبل قبضها إن قلنا بوجوب المال بناءً على لزوم العقد و إلّا فلا، لأنّه دين غير لازم و حيث اخترنا اللزوم فيما تقدّم فيجوز البيع.

فإن قبض المشترى النجوم عتق المكاتب على القولين أمّا عندنا فظاهر، و أمّا على الفساد للبيع فلأنه و إن فسد لكن المشترى

كالوكيل فى الأخذ، و قد مرّ التردّد فى العتق و الاستشكال فى التعجيز إن أفلس المشترى و كان البيع فاسداً.
و ليس له أى السيّد التصرّف فى ماله أيضاً بغير إذنه إلّا بما يتعلّق بالاستيفاء لا بمعنى أنّ له الاستيفاء مطلقاً على أىّ وجه شاء بل بإذن العبد، إلّا إذا كان مشروطاً و حلّ النجم و لم يكن بيده إلّا بقدره فإنّ له الاستيفاء بنفسه إن امتنع من الأداء و إن زاد ما بيده على قدره و امتنع عين الحاكم و استوفاه السيّد.
و له معاملة العبد بالبيع و الشراء فهما من التصرّفات فى ماله بإذنه و له أخذ الشفعة منه كما له أخذه من الأحرار و كذا يأخذ العبد منه الشفعة و ليس له منع العبد من السفر إلّا أن يتّفق حلول النجم فى السفر و لا من كلّ تصرف يستفيد به مالًا و للعامّة قول بالمنع من السفر.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٠٢ ب ٢١ جواز إعطاء المكاتب من مال الصدقة و الزكاة ح ١.

و لو شرط فى العقد ترك السفر احتمل البطلان، لأنّه كشرط ترك التكسّب إذ ربّما افتقر إليه و الصحّة للفائدة فيه بالأمن من الإباق و نحوه مع إمكان التكسّب بدونه، و الأصل و عموم المؤمنون عند شروطهم «١» فإن أجزناه و سافر حينئذٍ و لم يمكنه الردّ كان له الفسخ، و ليس له وطء المكاتبة و إن أذنت بالملك لنقصه و لا بالعقد لرقّيتها.
و لو شرط الوطء فى العقد فالأقوى بطلانه لمنافاته لحكمه.
و يحتمل الصحّة، لأنّ المنع لحقها و لذا إذا وطأها بشبهة صارت أُمّ ولد فدلّ على بقاء الملك المبيح للوطء، و يجوز أن يراد بطلان العقد لاشتماله على الشرط الفاسد، و الخلاف فى ذلك معروف.
و لا له وطء ابنتها لتبعيّتها لها، إلّا أن تكون حرّة لا بالتبعيّة فيجوز العقد عليها، أو مملوكة لغيره فيجوز العقد و التحليل و لا وطء أمة المكاتب بغير إذنه لما عرفت من أنّه ليس له التصرّف فى ماله.
فإن وطئ المكاتبة أو أمة المكاتب للشبهة فعليه المهر بغير إشكال و لا يتكرّر المهر بتكرّره إلّا مع الأداء للسابق كما فى المبسوط، لأنّ غرم المهر قطع حكمه، فكان اللاحق مستأنفاً. و هنا وجهان آخران: أحدهما التكرّر مطلقاً لتعدّد السبب، و آخر العدم مطلقاً لاتّحاد النوع.
و لا حدّ و لا تعزير، و الولد حرّ، و تصير أُمّ ولد للرقّ، و كذا إن وطئ ابنتها للشبهة لكن ليس لها مهر، لأنّها أمته، و إنّما وجب المهر لنفسها و لأمتها، لأنّه من كسبها، بخلاف مهر البنت، و عليه قيمة أمة المكاتب إذا استولدها للمكاتب، لأنّه فوّتها عليه.
و لا تبطل بالاستيلاد كتابتها للأصل فتكون تشبّثت لسببين للعتق، فأيّهما سبق عتق به. و ينصّ عليه قوله (عليه السّلام) فى خبر علىّ بن جعفر لأخيه (عليه السّلام): فى رجل وقع على مكاتبته عليه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهى على مكاتبتها، و إن

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١۵ ص ٣٠ ب ٢٠ من أبواب المهور ح ۴.

عجزت فردّت فى الرقّ فهى من أُمّهات الأولاد «١». و خبر السكونى عن الصادق (عليه السّلام): أنّ أمير المؤمنين (عليه السّلام) قال: فى مكاتبة يطأها مولاها فتحمل، قال: يردّ عليها مهر مثلها و تسعى فى قيمتها، فإن عجزت فهى من أُمّهات الأولاد «٢».
و لو وطأ إحداهنّ مع علمهما بالتحريم عزّرا و لم يحدّا للملك، و يدلّ عليه ما تقدّم من خبر الحسين بن خالد الناطق ب «درء» الحدّ عمّن جامع مكاتبته بقدر ما بقى له. و عن بعض العامّة أنّهما يحدّان.

و هل يثبت المهر للمكاتبة مع المطاوعة؟ إشكال من أنّها لم تزن لثبوت الملك المبيح و لذا لا تحدّ و تصير أمّ ولد، و إطلاق ما سمعته من خبرى علىّ ابن جعفر و السكونى. و من نقص الملك و سقوطه عن الإباحة فيكون بغياً و يثبت مع الإكراه بلا إشكال كما لا إشكال فى ثبوت المهر لأمة المكاتب مطلقاً، و عدمه لبنته مطلقاً.

و إذا صارت أُمّ ولد عتقت بموته أى المولى من نصيب ولدها و تقوّم عليه مكاتبة مشروطة أو مطلقة، أدّى كذا من نجومه أو لم يؤدّ و يسقط عنها ما بقى عليها من مال كتابتها إن وفى نصيب ولدها بعتقها، و إلّا فبقدره و ما فى يدها لها.

و لو أعتقها مولاها أو أعتقه مولاه معجّلًا عتقت و سقطت كتابتها و ما فى يدها لها.

و لو كاتباها ثمّ وطئ أحدهما حدّ بنصيب الآخر و فى المبسوط: لا حدّ لشبهة الملك، بل يعزّر إن كان عالماً و عليه تمام المهر لمثلها لها، لكن إن حلّ عليها مال الكتابة للواطئ و كان من جنس المهر وقع التقاصّ فإن عجزت فللآخر الرجوع على الواطئ بنصف المهر إن لم يكن دفعه إليها، و إن كان دفعه إليها فإن تلف فقد تلف منهما، و إلّا اقتسماه بينهما فإن حملت

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٩٦ ب ١٤ أنّ السيّد إذا وطئ المكاتبة لزمه مهر مثلها .. ح ١.

(٢) المصدر السابق: ص ٩٧ ح ٢.

قوّمت على الواطئ لتفويته لها على شريكه بعد عجزها إذ لا تفويت عليه قبله لبقاء الكتابة، إذ لا ينافيها الاستيلاد و لا يبطلها كالعتق المنجّز و قيل فى المبسوط فى وجه بل قوّمت فى الحال لأنّ الإحبال سبب التقويم و هو ممنوع، بل سببه التفويت، و لأنّ الاستيلاد أقوى من الكتابة فيزيلها، و هو أيضاً ممنوع.

و عليه على القولين نصف قيمتها، موسراً كان أو معسراً على إشكال من عموم النصوص «١» بتغريم الشريك حصّة شريكه بالوطء، و إنّ الاستيلاد لا يتبعّض، بخلاف العتق. و من أنّ العتق أقوى، و إنّما يسرى مع الإيسار فالاستيلاد أولى.

و عليه نصف مهرها لها إن لم تزل الكتابة و للشريك إن زالت فتبطل الكتابة فى حصّة الشريك، و تصير جميعها أُمّ ولد، و نصفها مكاتباً للواطئ فإن أدّت مال كتابة نصيبه إليه عتقت نصفها المكاتب و سرى العتق إلى الباقى، لأنّه صار ملكه أو ملكه بصيغة الماضى، و أراد أنّه ملك خالص له من غير مكاتبة، فيسرى على قول الشيخ و تصريحه بالسراية؛ لعموم أدلّة السراية.

و فى قوله: «لأنّه ملكه» جواب لسؤال و إبانة للفرق بين من كوتب كلّه مطلقاً و من كوتب بعضه و كان الباقى قنّاً للمولى. و السؤال: أنّه إن كان العتق بالكتابة يسرى إلى الباقى لكان من كوتب كلّه مطلقاً إذا أدّى شيئاً من المال فانعتق شىء منه سرى إلى الباقى فلا حاجة إلى أداء الباقى. و الجواب: أنّه إنّما يسرى إذا كان الباقى قنّاً للمولى لا مكاتباً، و عند أبى علىّ يسرى إلى الباقى ما لم يقل فى العقد: و أنت عبد بقدر ما بقى عليك. و يجوز أن يكون المعنى أنّه سرى إلى الباقى من جهة كونه ملكه لا من جهة ملك الشريك؛ لحصول الانتقال إليه.

و إن عجزت ففسخ الكتابة كانت أُمّ ولده فإذا مات عتقت من نصيبه أى الولد و الولد حرّ كان الوطء لشبهة أو لا و عليه لشريكه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٠ ب ١٨ أنّ من أعتق مملوكاً ..

نصف قيمته يوم الولادة إن قوّمت الامّ بعد الوضع، و إلّا فلا شىء عليه، لأنّها وضعته فى ملكه فإن وطئاها معاً للشبهة عليها فعليهما مهران كاملان لها، فإن أخذتهما و أدّت مال الكتابة كان الفضل بيدها لها، و إن لم يأخذ أخذتهما، و إن عجزت و قد قبضتهما

كان التالف عليهما و قد برئت ذمّتاهما و الموجود بينهما، و إن لم يكن قبضت كان لكلّ منهما على الآخر نصف مهرها و سقط النصف.

فإن تساوت الحال فيها عند وطئهما تساويا في حقّيهما فيتقاصّان.

و إن اختلفت كان وطئ أحدهما بكراً فعليه نصف مهر بكر و على الآخر نصف مهر ثيّب.

و أمّا العبد فليس له أن يتصرّف في ماله بما ينافي الاكتساب كالمحاباة و الهبة إلّا بعوض يقبضه قبل إقباض العين يزيد عليها، و في المساوي وجهان. و أطلق في المبسوط المنع من الهبة و لو كانت بعوض، قال: لأنّ العوض غير مقصود، و لأجل هذا لا يكون لوليّ الطفل أن يهب مال الطفل لا بشرط و لا بغيره.

و ما فيه خطر كالقرض و إن أخذ عليه الرهن أو ضمن عن المقترض، إذ ربّما تلف الرهن و أُعسر أو جحد أو مات و لم يخلّف شيئاً إلّا إذا كان أصلح كأن يخاف التلف إن لم يقرض و الرهن و القراض لذلك. و في الصحيح عن معاوية ابن وهب عن الصادق (عليه السّلام): لا يصلح له أن يحدث في ماله إلّا الأكلة من الطعام «١». و في الحسن عن أبي بصير عن الباقر (عليه السّلام): المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبة و لا تزويج حتّى يؤدّي ما عليه إن كان مولاه شرط عليه إن هو عجز فهو ردّ في الرقّ «٢».

و لو أذن المولى في ذلك كلّه جاز لأنّ المنع كان لحقّه، و لصحيح معاوية بن وهب عن الصادق (عليه السّلام): في مملوك كاتب على نفسه و ماله و له أمة و قد شرط عليه أن لا يتزوّج فأعتق الأمة و تزوّجها، قال: لا يصلح له أن يحدث في

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٨٩ ٩٠ ب ٦ أنّ المكاتب .. ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٦٨ ح ٩٧٦.

ماله إلّا الأكلة من الطعام و نكاحه فاسد مردود، قيل: فإن كان سيّده علم بنكاحه و لم يقل شيئاً، قال: إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقرّ، قيل: فإنّ المكاتب عتق أ فترى أن يجدّد نكاحه أو يمضي على النكاح الأوّل؟ قال: يمضي على نكاحه الأوّل «١».

و عن الصادقين (عليهما السّلام): في المشروط لا يجوز له عتق و لا هبة و لا نكاح و لا حجّ إلّا بإذن مولاه حتّى يؤدّي جميع ما عليه، قالا: و إن لم يشترط عليه أنّه إن عجز ردّ في الرقّ و كوتب على نجوم معلومة، فإنّ العتق يجزئ فيه مع أوّل نجم يؤدّيه، فيعتق منه بقدر ما أدّى و يرقّ منه بقدر ما عليه «٢». و يكون كذلك حاله في جميع أسبابه من المواريث و الحدود و العتق و الهبات و الجنايات، و جميع ما يتجزّى «٣» يجوز له من ذلك بقدر ما أُعتق منه و يبطل ما سوى ذلك. و للعامّة قول بالمنع و إن أذن السيّد.

و له التصرّف في جميع وجوه الاكتساب كالبيع من المولى و غيره و كذا الشراء كما قال الباقر (عليه السّلام) في حسن أبي بصير: لكن يبيع و يشتري «٤».

و لا يبيع إلّا بالحالّ لا بالمؤجّل و إن أخذ عليه رهناً أو ضماناً لما تقدّم. و قيل بالجواز مع أحدهما. و لو اقتضت المصلحة البيع بالمؤجّل جاز بلا رهن و لا ضمان إن لم يتيسّرا.

فإن زاد الثمن عن ثمن المثل و قبض ثمن المثل حالّا و أخّر الزيادة جاز وجد من يزيد تلك الزيادة حالّا أو لا و له أن يشتري بالدين و أن يستسلف.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۹ ۹۰ ب ۱۶ أنّ المكاتب .. ح ۱، و بقية الحديث فى ب ۲۶ أنّ العبد إذا تزوّج .. ح ۲ ج ۱۴ ص ۵۲۵ ۵۲۶.

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۸ ۸۹ ب ۴ انّ المكاتب المطلق .. ح ۱۴ و ب ۵ أنّ حدّ عجز المكاتب .. ح ۱.

(۳) فى ن «يتحرى».

(۴) تهذيب الأحكام: ج ۸ ص ۲۷۵ ح ۱۰۰۱.

و لو أعتق بإذن المولى صحّ لما مرّ و لو بادر به قبل الإذن احتمل الوقف على الإجازة إن وقفنا العتق فضولياً على الإجازة.

و احتمل البطلان أمّا على القول بأنّه لا يقف بل ينحصر فى الصحيح أو الباطل منجّزاً فظاهر، و أمّا على القول بالوقف فلاستلزامه الولاء و لا ولاء للمكاتب، لعدم صلاحيّته للعصوبة و الإرث، و لا للمولى؛ لأنّه ليس بمعتق، و قد يمنع الاستلزام تارة و انتفاء الولاء عن المولى اخرى كما يأتى.

و فى الكتابة إشكال من حيث إنّها معاوضة فتصحّ كغيرها أو عتق إذ لا معاوضة بين المولى و نفسه؛ لكون العوضين ملكه، و لذا لا ينفذ من المريض إلّا من الثلث فلا يصحّ إلّا مع الغبطة.

فإن سوّغناها فعجزا معاً استرقّهما المولى، و إن عجز الثانى استرقّه الأوّل، و إن عجز الأوّل و استرقّ عتق الثانى إذا أدّى؛ لصحّة مكاتبته، و عدم عروض ما يزيلها.

و لو استرقّ الأوّل قبل أداء الثانى كان الأداء إلى السيّد، و له أى للمكاتب أن ينفق ممّا فى يده على نفسه و ما يملكه من دابّة و رقيق و زوجة و غيرها بالمعروف.

و لو باع محاباة بإذن سيّده صحّ، و للمولى أخذه بالشفعة إذا كان شريكاً، و بالعكس يصحّ إقرار المكاتب بالبيع و الشراء و العين و الدين، لأنّه يملكه فيملك الإقرار به، و ليس له أن يتزوّج إلّا بإذن مولاه لأنّه يلزمه المهر و النفقة، و لأنّه مملوك فإن فعل وقف على الإجازة أو الأداء و لم يبطل كما نصّ عليه صحيح معاوية بن وهب «۱» المتقدّم و ليس له التسرّى من دون إذنه، و لا أن يطأ مملوكته إلّا بإذن مولاه لما فيه من التغرير بها؛ لجواز أن تحبل فيهلك أو ينقص ثمنها. و من العامّة من لم يجز الوطء و إن أذن المولى، فإن وطئها و لم يحدّ، لشبهة الملك، و لا مهر عليه، لأنّها مملوكته.

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۸۹ ۹۰ ب ۶ أنّ المكاتب لا يجوز له .. ح ۱.

فإن حملت منه فالولد رقّ له لأنّه ولد مملوكته و لا يعتق عليه الآن لنقصان ملكه فإن أدّى عتق و عتق الولد، و إن عجز رقّاً معاً، و ليس له أن يزوّج عبيده من إمائه إلّا بإذن مولاه لما فيه من التغرير، و لأنّهم مملوكون للمولى من وجه.

و لا يعير دابّته و لا يهدى هديّة و لا يحجّ إلّا بإذنه.

و فى ثبوت الربا بينه و بين مولاه إشكال من كونه عبداً، و من إطلاق تصرّفه فى أمواله كالأحرار، و هو الأقوى؛ لعموم أدلّة التحريم، خرج ما لا معاوضة فيه «۱» حقيقة و لا معاملة، و هو فيما بين القنّ و سيّده، و المكاتب يملك ما بيده و التصرّف فيه، و يصحّ معاملته مع سيّده. و يرشد إليه قول الباقر (عليه السّلام): إنّما الربا فيما بينك و بين من لا تملك «۲».

و لا يجوز له إذا باع شيئاً من غير إذن سيّده أن يرفع يده عن المبيع قبل قبض الثمن، و ليس للمكاتبة أن تتزوّج إلّا بإذنه للتغرير و الرقّ. و خبر أبى بصير سأل الباقر (عليه السّلام) عن رجل أعتق نصف جاريته ثمّ إنّه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال:

فليشترط عليها أنّها إن عجزت عن نجومها فإنّها تردّ فی الرقّ فی نصف رقبتها، فإن شاء كان له فی الخدمة يوم و لها يوم إن لم يكاتبها، قال: قلت: فلها أن تتزوّج فی تلك الحال؟ قال: لا حتّى تؤدّی جميع ما عليها فی نصف رقبتها «٣».

فإن بادرت إلى النكاح وقف على الإجازة أو الأداء و لم يقع باطلًا.

و هل له أن يشتری من ينعتق عليه؟ الأقرب ذلك مع الإذن لا بدونه وفاقاً للمبسوط، فإنّه تصرّف بما ينافی الاكتساب، فلا يجوز إلّا بإذنه. و يحتمل

---

(١) ليس فی ق و ن.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٤٣٦ ب ٧ من أبواب الربا ح ٣.

(٣) تهذيب الأحكام: ج ٨ ص ٢٦٩ ح ٩٨٠.

الجواز؛ لعدم تضرّر المولى به، فإنّه إن عجز استرقّهما. و من العامّة من أجازه بدون الإذن، و منهم من لم يجزه مطلقاً.

و له قبول الوصيّة له به أی بمن ينعتق عليه و الهبة له إذ لا- إتلاف و لا تصرّف فيما بيده إذا لم يكن عليه فی القبول ضرر بأن يكون مكتسباً لما يكفی لنفقته.

و إذا اشتراه بالإذن أو قبله فی الوصيّة أو الهبة ملكه و ليس له بيعه و لا هبته و لا إخراجه عن ملكه لانعتاقه عليه و لكن لا ينعتق عليه الآن فإن عجز و ردّ فی الرقّ استرقّهما المولى لانكشاف أنّه الّذی ملكه لا- المكاتب، و تردّد المحقّق فی استرقاق الأب؛ لتشبّثه بالحرّية، و عدم العلم بتبعيّة الابن و إن أدّى عتقا معاً و كسبه للمكاتب، لأنّه ملكه ما لم يؤدّ و نفقته عليه، لأنّه ملكه لا من حيث القرابة إذ لا نفقة على المملوك لقريبة.

و لو أعتقه بغير إذن مولاه لم يصحّ كغيره من مملوكية.

و لو أعتقه أی عجّل عتق المكاتب سيّده عتق و كان القريب معتقاً أيضاً لأنّه تمّ ملكه له كما لو أبرأه فإنّه بمنزلة الأداء.

و لو مات مكاتباً صار قريبه رقّاً لمولاه لما عرفت من بطلان الكتابة المشروطة بالموت، و أمّا إن كان مطلقاً و قد انعتق بعضه فظاهر أنّه ينعتق عن القريب أيضاً بالنسبة و للمكاتب أن يشتری امرأته و المكاتبة زوجها و ينفسخ النكاح للملك و إن نقص.

و لو زوّج ابنته من مكاتبه ثمّ مات و ورثته البنت أو بعضه انفسخ النكاح لأنّ المكاتب لا يخرج عن الرقّ و إن انعتق بعد ذلك بالأداء. خلافاً لأبی علیّ فأوقف فی المشروط، فإن أدّى ثبت النكاح و إلّا انفسخ، و قال فی المطلق بالانفساخ إذا أدّى البعض.

و إذا أعتق المكاتب بإذن مولاه كان الولاء موقوفاً فإن مات رقيقاً أو عجز فردّ فی الرقّ استقرّ للسيّد و إن أعتق و لو يوماً أو أقلّ

فله لعموم الولاء لمن أعتق و تردّد هنا بينهما، و فی المبسوط أنّه سائبة. و من العامّة من جعله للسيّد مطلقا.

فإن مات العتيق فی مدّة التوقّف احتمل أن يكون ولاؤه للسيّد لأنّ المكاتب لم يخرج عن ملكه فهو المعتق حقيقة، و لأنّ المكاتب ما لم ينعتق لا يرث و لا يعصب و أن يكون للمكاتب موقوفاً متزلزلًا، فإن أعتق كان له، و إلّا فللسيّد، لأنّه بانعتاقه يظهر أنّه المالك و المعتق.

و لو اشترى من يعتق على مولاه صحّ و إن لم يأذن فإنّه لا ينعتق لينافی الاكتساب فإن عجز و استرقّهما المولى عتق عليه و إلّا فلا.

[المطلب الرابع فی أحكام الجناية]

المطلب الرابع فى أحكام الجناية أمّا جنايته فإن كانت على مولاه عمداً فإن كانت نفساً فللوارث القصاص و يصير كالميّت فى انفساخ كتابته إن كان مشروطاً، و إن كان مطلقاً فكما مرّ، و إن عفى على مال جاز و استمرّت كتابته.

و إن كانت طرفاً فللمولى القصاص و لا تبطل الكتابة و له العفو على مال و إن كانت خطأً تعلّقت برقبته و له أن يفدى نفسه بالأرش و إن زاد على رقبته فى قول، لأنّه كالحرّ فى المعاملات و خصوصاً هنا، و إلّا لم يكن لأخذ المولى منه الفداء معنى أو بالأقلّ منه و من رقبته على الأقوى لعموم لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه فإن كان ما فى يده يفى بالحقّين الفداء و الكتابة انعتق بالأداء و إن قصر دفع الأرش أوّلًا لما تقدّم من تقدّم حقّ الجناية على حقّ الملك.

فإن عجز عن أداء مال الكتابة كان للمولى استرقاقه و إن لم يكن له مال فإن فسخ المولى الكتابة لعجزه سقط الأرش، لأنّه عبده القنّ حينئذٍ و لا يثبت له مال عليه، و يسقط مال الكتابة بالفسخ، و لو أعتقه مولاه سقط مال الكتابة دون الأرش على إشكال من تعلّقه بالرقبة و قد أتلفها على نفسه، و من أنّه دين ثبت له عليه فيستصحب.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٥٠٨

و لو كان ما فى يده يفى بأحدهما فاختار السيّد قبض مال الكتابة صحّ لأنّ تقدّم الأرش كان لحقّه و قد أسقطه و عتق و لزمه الأرش أو الأقلّ منه و من الرقبة على الخلاف لكونه حين تعلّق الأرش به مملوكاً قطعاً لثبوته عليه من غير إتلاف له؛ لتعلّقه كالأجنبىّ إذا لم يأخذ الأرش حتّى عتق، فإنّ العتق سبب من جهته، بخلاف ما لو أعتقه المولى مجّاناً.

و إن كانت الجناية على أجنبى عمداً فإن كانت طرفاً و عفى على مال أولا عليه فالكتابة باقية، و إن كانت نفساً و اقتصّ الوارث فهو كما لو مات، و إن كانت خطأ فله فكّ نفسه و إن نافى الاكتساب، لأنّه لمصلحته قبل أداء مال الكتابة للتقدّم سواء حلّ النجم أو لا بالأقلّ أو الأرش على الخلاف، فإن قصر ما فى يده عن الفكّ باع الحاكم منه ما بقى من الفكّ و يبقى المتخلّف منه مكاتباً، فإن عجز و فسخ المولى صار عبداً مشتركاً بينه و بين المشترى، و إن صبر فأدّى عتق نصيبه بالكتابة، فإن كان العبد موسراً قوّم حصّة الشريك عليه بمعنى الاستسعاء و أخذ ممّا فى يده بقدر قيمة نصيب المشترى و عتق كلّه و هل يجبر عليه هو أو الشريك على القبول؟ وجهان.

و إن لم يكن فى يده مال أو لم يؤدّه و لم نوجبه عليه بقى حصّة المشترى على الرقّية، و لو لم يكن فى يده شيء أصلًا و لم يف بالجناية إلّا قيمته أجمع بيع كلّه و بطلت الكتابة إلّا أن يفديه السيّد فتبقى الكتابة بحالها، و لو كان بيده مالًا يفى إلّا بأحدهما و أدّى إلى السيّد أو لا فإن كان الحاكم قد حجر عليه لسؤال ولىّ الجناية لم يصحّ الدفع و إلّا صحّ و عتق لأنّ تعيين الدين إلى المديون و إن ترتّبت الديون، فإن دفع المتأخّر رتبة صحّ و إن فرط فى دفع المتقدّم. و يكون الأرش فى ذمّته فيضمن ما كان عليه قبل العتق و هو أقلّ الأمرين أو الأرش على الخلاف، و إن أعتقه السيّد كان عليه فداؤه بذلك أى الأرش أو الأقلّ لأنّه أتلف محلّ الاستحقاق

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٥٠٩

و هو الرقبة كما لو قتله، فإن عجز ففسخ السيّد فداه بذلك أو دفعه إلى ولىّ الجناية.

و لو جنى على جماعة فلهم القصاص فى العمد و الأرش فى الخطأ، فإن كان ما فى يده يفى بالجميع فله الفكّ، و إن لم يكن معه مال تساووا فى الاستيفاء من قيمته و لكن بالحصص، و يستوى الأوّل و الآخر فى استحقاق الاستيفاء للتساوى فى التعلّق بالرقبة و إن ترتّبا.

و كذا لو حصل بعضها أى الجنايات بعد التعجيز و البعض قبله استويا فى الاستيفاء، و إذا استوفوا من القيمة انفسخت الكتابة فى الكلّ إن لم يف بحقوقهم إلّا قيمته أجمع، و إلّا بقى عليها ما يزيد على حقوقهم و لو كان بعضها يوجب القصاص و لم يكن فى

يده مال استوفى و بطل حقّ الآخرين و لو عفى ولىّ القصاص على مال شارك الآخرين و لو أبرأه البعض استوفى الباقون من قيمته أو ما فى يده.

و لو جنى عبد المكاتب خطأ فللمكاتب فكّه بالأقلّ، و لو أوجبنا أن يكون الفكّ إذا فكّه المولى بالأرش مطلقاً و زاد هنا لم يكن له ذلك إلّا بإذن مولاه لأنّه تبرّع فإن ملك المكاتب أباه فقتل عبداً للمكاتب لم يكن له الاقتصاص منه كما لا يقتصّ منه فى قتل الولد بل أولى.

و لو جنى أبوه على غيره فهل له فكّه بالأقلّ؟ يبنى على جواز شرائه ابتداءً لأنّه بمنزلة الشراء.

و لو جنى بعض عبيده أى المكاتب على بعض فله القصاص إن أوجبته الجناية و إن لم يستأذن المولى حسماً للجرأة ففيه مصلحة لحفظ ماله و ليس له العفو عنه على مال، و كذا إن كانت الجناية خطأ لم يثبت لها حكم، إذ لا يجب للسيّد على عبده مال و لو كانت الجناية عليه فإن كانت خطأ فهدر لذلك و إن كانت

عمداً فله القصاص لأنّه الأصل، و لا دليل على وجوب العفو عليه و إن تسبب ذلك لإتلاف ماله فإنّه بسبب من الجانى، و لأنّ غاية الأمر أن يكون الجانى عبداً للمولى، و سيأتى احتمال أنّ له الاقتصاص و إن منع المولى، فهنا أولى. و فيه وجه بالمنع إلّا بإذن السيّد، لأنّه من التصرّفات المنافية للاكتساب إلّا أن يكون أباه.

و لو جنى المكاتب عليه أى على عبده لم يقتصّ منه، لأنّ السيّد لا يقتصّ منه لعبده و إن كان المجنىّ عليه أباً للمكاتب مع احتمال القصاص إن كان أباه كما فى المبسوط لأنّ حكم الأب معه حكم الأحرار و لذا لا يجوز له بيعه و نحوه من التمليكات و أنّ الابن يصير فى حكم الأحرار بكتابة الأب فكذا الأب و لا قصاص لمملوك على مالكه فى غيره إجماعاً.

و لو جنى ابن المكاتب على أجنبىّ لا يجوز له أن يفديه بدون إذن المولى إن منعنا شراءه ابتداءً.

و لو جنى ابنه المملوك له على عبده لم يكن له بيعه لأنّه لا يثبت له على ماله مال، لكن له أن يقتصّ منه كما فى المبسوط لاشتراكهما فى الرقّ، إلّا أن يكون المكاتب تحرّر منه شى‌ء فإنّه يتحرّر مثله من ابنه.

و لو جنى المكاتب على عبد مولاه فللمولى القصاص إلّا أن يكون تحرّر منه شى‌ء أو الأرش لثبوت المال على المكاتب لسيّده، و كذا إن جنى عبده على عبد السيّد.

و أمّا الجناية عليه أى المكاتب فإن كانت من حرّ فلا قصاص و إن كانت عمداً و يثبت الأرش و إن كان الجانى المولى و كان للمكاتب لأنّه من كسبه لا للسيّد.

و لو كانت نفساً بطلت الكتابة و على الجانى إن كان غير المولى قيمته لسيّده إن كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤدّ شيئاً، و إلّا فبالنسبة.

و لو كان جرحاً فأدّى و عتق ثمّ سرى الجرح لم يقتصّ منه اعتباراً بحال الجناية وجبت الدية دية الحرّ لأنّ اعتبار الضمان بحالة الاستقرار و هى هنا حال الحرّية و يكون للورثة كان الجانى مولاه أو غيره، بخلاف ما إذا جرح عبده القنّ ثمّ أعتقه فسرى، إذ لا ضمان هنا ابتداءً.

و لو كان الجانى عبداً أو مكاتباً غير زائد عليه فى الحرّية فله القصاص فى العمد، و ليس للمولى منعه منه و لا إجباره على العفو على مال، كما لا اعتراض للغرماء على المفلس فى الاقتصاص، و لا للورثة على المريض.

و إن عفا على مال ثبت له، و إن عفا مطلقاً فالأقرب الجواز، لأنّ موجب العمد فى الأصل القصاص، و ليس للسيّد مطالبته

باشتراط مال، لأنّه تكسّب، و ليس للسيّد إجباره عليه و يحتمل المنع ضعيفاً، لأنّه ربّما عجز فيعود رقّاً لمولاه ناقصاً بلا جابر، و لأنّه ليس له التصرّف بدون اكتساب، و لا اكتساب فى العفو مجّاناً. و ضعفهما من الظهور بمكان لا سيّما الأخير، و إذا جاز العفو مجّاناً فعلى أقلّ من الأرش أولى، و على عدم الجواز إن عتق قبل الأخذ كان له الأخذ؛ لزوال المانع.

أمّا لو جنى عليه عبد المولى فأراد الاقتصاص كان للمولى منعه كما فى المبسوط على إشكال من أنّه تصرّف ليس باكتساب فلا ينقطع عنه سلطنة المولى، و من عموم أدلّة القصاص.

و لو كان خطأ لم يكن للمولى منعه من الأرش قطعاً، لأنّه اكتساب و لو أبرأ الجانى الأجنبى من الأرش فى الخطأ توقّف على إذن المولى لمنافاته الاكتساب، و كذا إذا عفا فى العمد على مال ثمّ أراد الإبراء.

و إذا قتل المكاتب ابتداءً أو قصاصاً فهو كما لو مات. هذا الإطلاق فيما تقدّم من المسائل حكم المشروط، و أمّا المطلق فإذا أدّى من مكاتبته شيئا تحرّر منه بحسابه، فإن جنى حينئذٍ على حرّ أو مكاتب مثله بل من انعتق منه مثل ما انعتق منه و إن لم يكن بالكتابة أو من انعتق منه أكثر

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٥١٢

ممّا انعتق منه اقتصّ منه فى العمد إلّا أن يعفى عنه على مال أو لا عليه.

و إن جنى على مملوك أو من انعتق منه أقلّ منه فلا قصاص بل عليه فى ذمّته من أرش الجناية بقدر ما فيه من الحرّية، و يتعلّق منه برقبته بقدر الرقّية.

و لو كانت خطأ تعلّق بالعاقلة و هو الإمام إلّا أن يشترط المولى ولاءه نصيب الحرّية و بالرقبة نصيب الرقية، و للمولى و لنفسه أن يفدى نصيب الرقّية بحصّتها من الأرش.

و حكم الخطأ ما ذكر سواء كانت الجناية على عبد أو حرّ خلافاً لبعض العامّة فجعل دية الجناية على العبد فى ذمّة الجانى و إن كانت خطأً.

و لو جنى عليه حرّ أو أزيد حرّية فلا قصاص و عليه الأرش و هو هنا مؤلّف من بعض دية هذه الجناية على الحرّ و بعض أرشها على العبد بحصص ما فيه من الرقّ و الحرّية.

و لو كان الجانى رقّاً أو أقلّ حرّية أو مساوياً اقتصّ منه فى العمد.

[المطلب الخامس فى الوصايا]

المطلب الخامس فى الوصايا لا تصحّ الوصيّة لمكاتب الغير، إلّا أن يكون مطلقاً انعتق بعضه فتصح بنسبة ما عتق منه و يبطل فى الباقى لما تقدّم من بطلانها لمملوك الغير و خصوص ما مرّ من صحيح محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السّلام) «(١)».

و لو قصر الثلث عن المعيّن فى الوصيّة أى الموصى به ففى توزيع كلّ المعيّن أو الثلث على الحرّية و الرقّية إشكال من أنّ الوصيّة إنّما تصحّ بنصيب الحرّية، و إنّما يبطل فيما زاد على الثلث، فلا وجه لإبطالها فى الثلث إذا وافق نصيب الحرّية أو نقص عنه، و لا لإبطال أزيد ممّا زاد عليه من الزائد على الثلث. و من إطلاق الحكم ببطلان الوصيّة فى الزائد على الثلث، فالوصيّة

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠١ ب ٢٠ من أبواب المكاتبة ح ٢.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨، ص: ٥١٣

الصحيحة إنّما هى فى الثلث، و إنّما يوزّع الوصيّة الصحيحة، و أقربه ذلك.

و الفرق بين الوصيّة حيث لا يجوز إلّا بنصيب الحرّية و البيع حيث يجوز مطلقاً و إن لم يتحرّر منه شىء مع اشتراكهما فى التمليك، و أنّ قبولهما بكسب، و انقطاع سلطنة المولى عنه فى الكسب و استبداده به أنّه قد يعجز أو يموت رقّاً فيتمحّض الوصيّة لمملوك الغير مع نفيها عنه فى النصّ و الفتوى و إن أذن المولى و فى الشراء إن عجز أو مات رقّاً يكون للمولى، لأنّه بالكتابة أذن له فيه، و لا خلاف فى صحّة المعاملة مع المملوك المأذون.

و الحاصل الفرق بالنصّ و الإجماع على بطلان الوصيّة للمملوك و إن أذن المولى، و صحّة البيع منه إذا أذن المولى.

و قيل بصحّة الوصيّة له مطلقاً لأنّه يكسب، و له التكسّب بما شاء، و قد مرّ الاستشكال فيه من المصنّف فى الوصايا. و للشيخ قول بصحّة الوصيّة لمكاتب ورثة الموصى.

و لو أوصى لمكاتبه صحّ و إن كان مشروطاً لصحّة الوصيّة لمملوكه و تقاصّ الورثة عن الموصى به له بمال الكتابة قهراً أو اختياراً.

و لو أعتقه فى مرضه أو أبرأه من مال الكتابة عتق و إن زاد و برئ لزم العتق و إلّا خرج من الثلث، فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته و مال الكتابة عتق، و إن زاد عليه أحدهما اعتبر الأقلّ منهما فإن خرج من الثلث عتق و ألغى الأكثر لأنّه إن كان القيمة فقد عوضها فى الصحّة بمال الكتابة، و إن كان مال الكتابة فلم يستقرّ ملكه عليه ليعتبر الإبراء منه من الثلث لكونه فى معرض السقوط بالعجز، و خصوصاً إذا لم يلزم و كان له أن يعجز نفسه متى شاء.

و إن قصر الثلث عن الأقلّ عتق منه ما يحتمله الثلث و بطلت الحرّية أو الوصيّة فى الزائد لكون منجّزات المريض بمنزلة الوصايا و يسعى فى باقى الكتابة لا فى باقى القيمة فإنّ بطلان العتق أو الإبراء فى الزائد يستلزم بقاء الكتابة فى الباقى.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨ ص: ٥١٤

فإن عجز عن باقى الكتابة لا عن قيمة الباقى احتمل أن يكون له السعى فيها أى القيمة، و ينعتق بأدائها و إن لم يفسخ الكتابة إذ لا ينحطّ عن مرتبة الرقيق القنّ الّذى أعتق فقصر الثلث عن قيمته. و يحتمل أن لا يكون له ذلك إلّا بعد فسخ الكتابة، لأنّه ما كان مكاتباً لا ينعتق إلّا بأداء مال الكتابة.

و على الأوّل يقوّم قيمة عبد عتق نصفه مثلًا و نصفه مكاتب إن لم يفسخ الكتابة فيسعى فى النصف الباقى سعى المكاتب لبقاء الكتابة فله التصرّف الكامل فيما يتعلّق بالاكتساب فى كلّ وقت.

و إن فسخ الوارث الكتابة لعجزه يقوّم قيمة عبد عتق نصفه مثلًا و نصفه رقّ فيسعى سعى العبد، فإن عجز عن السعى استرقّ الورثة بقدر الباقى عليه.

هذا الّذى ذكر من اعتبار أقلّ الأمرين لو أعتقه ظاهر و لو أبرأه احتمل ذلك أيضاً لمساواة الإبراء العتق فى المعنى و احتمل البطلان و عدم إفادته انعتاق شىء منه مع القصور للثلث عن مال الكتابة و العجز عن الزائد منه عليه لبقاء شىء من مال الكتابة عليه حينئذ لأنّه أى هذا الإبراء كالإبراء من البعض و هو لا يفيد شيئاً من العتق فإنّه رقّ ما بقى عليه درهم، هذا فى المشروط و لا فرق بين الإبراء و العتق فى المطلق من غير إشكال لإفادة إبراء البعض منه العتق بحسبه.

و لو أوصى بعتقه ثمّ مات و لا شىء غيره عتق ثلثه معجّلًا، و لا ينتظر الحلول خلافاً لبعض العامّة قالوا: لأنّه لا ينفذ ما لم يملك الوارث ضعف الموصى به، فما لم يحلّ النجوم و لم يملك مال الكتابة الّذى هو ضعف المنعتق لم تنفذ الوصيّة فى عتق الثلث. و الجواب: أنّه حصل لهم الضعف، لكنه متردّد بين مال الكتابة و بقيّة الرقيّة، و إنّما يتوقّف على الحلول التعيّن و يبقى ثلثاه مكاتباً يتحرّر عند الأداء، و لا يصحّ الوصيّة برقبته و إن كان مشروطاً كما لا يصحّ بيعه و غيره من الناقلات للملك للزوم الكتابة من

جهته.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ٥١۵

و لو أوصى به لمن ينعتق عليه أو باعه عليه أي منه، و لمّا كان البيع منه سبباً للانعتاق عليه عداه ب «على» ففي الجواز إشكال من أنّه بمنزلة تعجيل العتق، و من أنّه لا ينعتق ما لم ينتقل إليه، و لا يجوز النقل، و تعجيل العتق إنّما يجوز بالإعتاق.

و لو أوصى برقبته و أضاف الوصيّة إلى عوده في الرقّ جاز كما لو قال: أوصيت لك به مع عجزه و فسخ كتابته فإذا عجز و فسخ المولى أو وارثه انتقل إلى الموصى له، و إن عجز لم يكن للموصى له الفسخ بنفسه أو بالحاكم لما سيأتي، و هنا أولى؛ للتعليق بالفسخ، و عدم الاقتصار على العجز.

و يجوز الوصيّة بمال الكتابة و إن لم يستقرّ ملكه عليه كما يجوز بالحمل، و هل للموصى له الإبراء؟ وجهان، من أنّ الحقّ له، و من أنّه إنّما جعل له الاستيفاء دون تفويت الرقبة على الوارث.

و يجوز جمعهما أي الرقبة و مال الكتابة لواحد أو اثنين بأن يقول: إذا أدّى المال فهو له و إلّا فالرقبة له أو لفلان و لا حكم عندنا للمكاتبة الفاسدة، بل تقع لاغية خلافاً لبعض العامّة حيث قالوا: إنّها تشتمل على عقد و صفة، فإذا فسد العقد كانت الصفة بحالها، فإذا أدّى انعتق و له الاستقلال بالكسب، لكن للمولى الإبطال متى شاء؛ لعدم اللزوم.

و على المختار فلو أوصى برقبته صحّ خلافاً لبعض العامّة استناداً إلى أنّه و إن فسدت الكتابة لكنه اعتقد صحّتها فكانت وصيّته بالمحال بزعمه.

و لو أوصى بما في ذمّته لم يصحّ لعدم ثبوت شيء في ذمّته.

و يصحّ الوصيّة بالمقبوض منه لأنّه ملكه، سواء قبض ثمّ أوصى به له أو قال: أوصيت لك بما أقبضه منه و إن قال بما أقبضه من مال الكتابة.

و لو أوصى بمال الكتابة الصحيحة خرج من الثلث، و للوارث تعجيزه و إن أنظره الموصى له لأنّ الإنظار و التعجيز إلى الوارث، و لا دليل على خلافه، و سيأتي احتمال التفويض إلى الموصى له.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ٥١۶

و لو أوصى برقبته فللموصى له تعجيزه عند العجز و إن أنظره الوارث لأنّ التعجيز و الإنظار إنّما هما في الأصل إلى المولى، و إنّما ينتقلان إلى الوارث لانتقال الرقبة إليه، و قد انتقلت هنا إلى الموصى له، و يظهر من الإطلاق أنّ له التعجيز و إن لم يرفع إلى الحاكم، و قيل: يرفع.

و الأقوى أنّه ليس له التعجيز، فإنّ الوصيّة معلّقة بالعود إلى الرقّ، و لا دليل على العود ما لم يفسخ الوارث، و إن أراد التعليق على مجرّد العجز فلا دليل على صحّته فإنّه لا يعود رقّاً بمجرّده، و لا اختيار للمولى في نقله أو الحكم بعوده إلى الرقّ متى عجز بعد موته.

و لو قال: «ضعوا عن المكاتب ما شاء» فشاء الكلّ فالأقرب الجواز لتناول اللفظ له خلافاً للمبسوط استناداً إلى أنّ المتبادر منه البعض و أنّه لو كان أراد الكلّ لقال: ضعوا عنه مال الكتابة و هو ممنوع، أو إلى أنّ الموصول لا بدّ له من عائد، فالتقدير ما شاءه أو ما شاء من مكاتبته، و على الثاني يكون من المسألة الآتية، و احتماله يكفي لوجوب الأخذ بالأقلّ. و فساده ظاهر، فإنّ ضمير من مكاتبته ليس من العائد في شيء، فتقدير العائد إنّما هو بتقدير شاءه، و لا حاجة إلى تقدير من مكاتبته، إلّا أنّه مراد بمعنى التبيين لا التبعيض.

أمّا لو قال: «ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة» فشاء الجميع لم يصحّ وفاقاً للمبسوط لأنّ من و إن احتملت أن تكون للتبعيض و

للتبيين لكن تقصر على اليقين مع ظهور التبعيض، و يمكن الفرق بين ما إذا شاء الجميع دفعة أو دفعات فصحّ فى الثانى؛ لصدق البعض على كلّ ما شاء فى كلّ دفعة، و يدفعه الاقتصار على اليقين، لاحتمال أن يريد الوضع إذا كان جميع ما شاء وضعه بعضاً منه و لو شاء الوضع و أبقى شيئاً صحّ و إن قلّ و إن لم يتموّل.

و لو أوصى له بأكثر بالمثلّثة ما بقى عليه أكثر من نجم و تفاوت احتمل وضع الأكثر قدراً، و إلّا فهو وصيّة بالنصف ممّا عليه و أدنى زيادة

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨، ص: ٥١٧

و على الأوّل يقصر على اليقين، و هو الأقلّ، فقد يكون النصف، و أدنى زيادة أقلّ من الأكثر قدراً من النجوم الباقية، و قد ينعكس الأمر و لما لم يعيّن الزيادة كان تعيينها إلى الورثة و لا يشترط التمول إلّا منضمّة إلى النصف، إذ لم يوص بها ابتداءً، و لو كان الأكبر بالموحّدة و تعدّد ما عليه من النجوم تعيّن الأكثر قدراً.

و لو قال: «ضعوا الأكثر و مثله» فهو وصيّة بما عليه و زيادة إذا تعيّن الأكثر لنصف ما عليه، و ذلك إذا كان بالمثلّثة و اتّحد النجم أو كان النصف أقلّ و لكن يبطل فى الزائد لعدم محلّه.

و لو قال: أكثر ما عليه و مثل نصفه احتمل عود الضمير إلى ما عليه فذلك وصيّة بجميع ما عليه و زيادة، و إلى الأكثر فذلك ثلاثة أرباع ما عليه و أدنى زيادة فلنقصر عليه، لأنّه اليقين.

و لو قال: ضعوا أيّ نجم شاء وضعوا ما يختاره كلّما إن وفى الثلث و إلّا فما يفى به منه و لو قال: ضعوا نجماً تخيّر الوارث فى التعيين.

و لو قال: ضعوا أكبر نجومه بالموحّدة وضعوا عنه أكثرها قدراً إن تعدّد ما عليه مع التفاوت، و إلّا فإن كان كلّ نجم بقى عليه أكثر قدراً من كلّ ممّا أدّاه من النجوم أو من بعضها مع مساواة غيره له ينزّل عليه و وضع عنه النجم الباقى أو أحد ما بقى عليه إن تعدّد و إلّا بطل؛ لانتفاء المحلّ.

و لو قال: ضعوا أكثر نجومه بالمثلّثة احتمل الزائد على النصف منها أى من النجوم الباقية أو الجميع قدراً أو عدداً، و سواء كان الزائد قدراً نجماً أو نجوماً أو نجماً و بعض نجم، و لكن يقصر على الأقلّ فلا عبرة إلّا بالنجوم الباقية و احتمل نجم واحد يكون أكثرها قدراً و لكن إذا احتمل الأمران اقتصر على الأقلّ، و الاحتمال إنّما يكون مع اختلاف إقدار النجوم.

و لو تساوت قدراً صرف إلى الأوّل قطعاً.

و لو قال: ضعوا أوسط نجومه احتمل الأوسط عدداً و قدراً و أجلًا، و إنّما يحمل على ما تحقّق من المحتملات و إن كان فيها أوسط واحد

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨، ص: ٥١٨

بأحد المعانى أو بكلّها أو اثنين منها تعيّن مثل أن يتساوى قدراً و أجلًا و عددها مفرد كالثلاثة أنجم و الخمسة و السبعة، فالثانى فى الأوّل و الثالث فى الثانى و الرابع فى الثالث أوساط.

و لو كانت نجوم المكاتبين الموصى لهم أزواجاً و لذا جمع الأزواج و اتّفقت الآجال و اختلف المقدار بحيث يتحقّق الوسط باعتباره كالمائة و المائتين و الثلاثمائة فالمائتان وسط.

و لو كانت زوجاً و تساوى القدر و اختلف الأجل مثل أن يكون اثنان كلّ واحد منهما إلى شهر و واحد إلى شهرين و واحد إلى ثلاثة أشهر تعيّن ما هو إلى شهرين، و لو اتّفقت المعانى الثلاثة فى واحد كان أولى بأن يكون قد تعيّن، و لو كان لها وسط قدراً و آخر أجلًا و آخر عدداً و هو معانى مختلفة فيه و الوسط قدراً و أجلًا بمعنى اشتمال النجوم على أموال أو آجال مختلفة

الأقـدار بحيث يكون منهـا مـال أو أجـل أقـلّ من بعض و أكثر من بعض و الوسـط عـدداً هو المحفوف بمتسـاويين كثـانى ثلاثة فالاختيار إلى الورثة فى التعيين لإجمال اللفظ، و احتماله الكلّ، و فيه قول بالقرعة.

و لو ادّعى المكاتب إرادة شىء منها و لم يكن له بيّنة حلف الورثة على نفى العلم إن ادّعى عليهم العلم و عيّنوا ما أرادوا، و متى كان العدد للنجوم وتراً فأوسطه واحد لأنّه المتيقّن، و إن احتمل الأكثر كالثلاثة فى خمسة و الخمسة فى سبعة و هكذا.

و إن كانت شفعاً كأربعة أو ستّة فأوسطه اثنان فإنّهما معاً هما المحفوفان بمتساويين فيحمل الوصيّة عليهما معاً لا على أحدهما، و إن كانت الأقـدار أو الآجال المختلفـة شـفعاً فالأوسط اثنان فصاعداً لكن على البدل، بمعنى صدق معنى الأواسط على كلّ منهما أو منها. فلو كانت النجوم أربعة مثلًا أحدها بدينار و آخر بدينارين و آخر بثلاثة و آخر بأربعة صدق على كلّ من الدينارين

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨ ص: ٥١٩

و الثلاثة أنّه أوسط، لأنّه أكثر ممّا قبله و أقلّ ممّا بعده فللوارث الخيار فى التعيين.

و قيل: يتعيّن الثالث؛ لأنّه أوسط حقيقة، لأنّه أكثر ممّا دونه مطلقاً و أقلّ ممّا فوقه مطلقاً، و توسّط الثانى إضافى بالنسبة إلى الأوّل و الثالث خاصّة و لا أفهمه، و إن اتّحد الوسط باعتبار و تعدّد بآخر تعيّن الواحد، لأنّه الحقيقة، و لا يظهر وجهه.

و يصحّ تـدبير المكاتب كما تقـدّم فإن عجز فى حياة المولى و فسـخت الكتابـة بقى التدبير، و إن أدّى عتق و بطل التدبير، و إن مات السيّد قبل أدائه و عجزه عتق بالتـدبير إن حمله الثلث، و إن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث و سـقط عنه من الكتابة بقـدر ما عتق منه، و ما فى يده له عتق كلّه أو بعضه، كما إذا عجّل عتقه، لأنّه من كسـبه المحكوم بكونه له، إلّا أن لا ينعتق كلّه و يعجز عن أداء كتابة الباقى فيتخصّص بنصيبى الرقّ و الحرّية. و احتمل أن لا يكون له إذا عتق كلّه؛ لمنع كونه له حين كوتب، و إنّما يكون له التصرّف فيه بالاكتساب، و لذا لم يجز له التصرّف بمنافى الاكتساب.

و لو أوصى بعتقه عند العجز فادّعاه قبل حلول النجم لم يعتق، لأنّه لم يجب عليه شىء حتّى يعجز عنه و لما مرّ من تفسير العجز. نعم إن علم منه العجز عادة عتق على ما مرّ من أنّه يكفى فى التعجيز.

فإن حلّ و ادّعى العجز حلف إن لم يعلم فى يده مال إن ادّعوه الورثة، و إن علم فى يده مال لم يسمع دعواه.

و إذا عتق كان ما فى يده له إن لم يكن كتابته فسخت لأنّ كسبه له ما دام مكاتباً كما عرفت و العجز لا يفسخ الكتابة بل يستحقّ به العتق، فهو قبـل العجز مكـاتب و بعـده معتق و للورثـة عتق المكـاتب من غير وصيّة كمورثهم لانتقال رقبته إليهم و إذا أعتقوه كان ولاؤه لهم و إن شرطه المورث لنفسه فإنّه مشروط بعتقه بالكتابة.

و لو أعتقه الموصى له بمال الكتابة لم ينعتق إذ لا عتق إلّا فى ملك و الرقبة ليست من ملكه فى شىء.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨ ص: ٥٢٠

و لو أبرأه من المال عتق لأنّه كالأداء.

و لو عجز فاسترقّه الوارث كان ما قبضه الموصى له من المال له لكونه من مال الكتابة و التعجيز إلى الورثة، لأنّ الحقّ يثبت لهم بتعجيزهم و يصير عبداً لهم، و يحتمل أن يكون إلى الموصى له لتسلّطه على العتق بالإبراء فالحقّ غير مقصور عليهم و لأنّه أى المال حقّ له و التعجيز إنّما هو عنه فله الصبر به.

و لو أوصى بالمال للمساكين و نصب قيّماً لقبضه فسلّمه إليه أى القيّم عتق، و إن سلّمه إلى المساكين أو إلى الورثة لم يعتق و لم يبرأ و إن دفعه الورثة إلى المساكين لأنّ التعيين إلى الوصىّ فإذا أدّى إلى غيره كان كمن أدّى فى حياة المولى إلى غيره و غير وكيله و إن أوصى بدفع المال إلى غرمائه تعيّن القضاء منه أى المال.

أمّا لو كان قد أوصى بقضاء ديونه مطلقاً لا مقيّداً بالكون من المال كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة و القيّم بالقضاء و

يدفعه إليهم أى الورثة بحضرته أى القيّم لأنّ المال للورثة و خصوصاً إذا لم يستوعب الدين التركة و لهم التخيير فى جهات القضاء فلا بدّ من الدفع إليهم و للقيّم بالقضاء حقّ فيه أى المال أو القضاء لأنّ له منعهم من التصرّف فى التركة قبل القضاء فلزم أن يدفع بحضرته.

[المطلب السادس فى حكم الولد]

اشارة

المطلب السادس فى حكم الولد لا يدخل الحمل فى كتابة امّه للأصل، خلافاً للقاضى فأدخله و لم يجز استثناءه.

و لو حملت بمملوك بعد الكتابة فحكمه حكمها يعتق بعتقها مشروطة كانت أو مطلقة بالاتّفاق كما فى الخلاف و المبسوط و للأخبار «۱»

---

(۱) وسائل الشيعة: ج ۱۶ ص ۶۷ ب ۶۹ من أبواب حكم من أعتق أمة حبلى.

و لأنّه من كسبها فيتبعها كسائر مكاسبها، و لأنّ الأولاد يتبعون الأبوين فى الحرّية و الرقّ.

و لو انعتق من المطلقة بعضها انعتق من الولد بقدره، و لا يكون الولد مكاتباً بكتابة الأُمّ أو الأب اتّفاقاً و إن انعتق بعتقها لأنّ الكتابة عقد معاوضة فلا يقع إلّا إذا وقع العقد بين المتعاوضين، و لم يقع هنا بينه و بين المولى.

و لو تزوّجت بحرّ كان أولادها أحراراً إلّا مع الشرط على قول، و عند أبى علىّ إذا شرط الحرّية كما تقدّم.

و لو حملت من مولاها كان الولد حرّا قطعاً و تحرّرت من نصيب ولدها لو بقى عليها شى‌ء من مال الكتابة بعد موت المولى وفى النصيب به كما مرّ فإن عجز عنه النصيب سعت فى الباقى.

و لو لم يكن ولد بعد موت المولى فالكتابة بحالها و للمولى عتق ولد المكاتبة إذا كان رقّاً، لأنّه ماله، و لأنّه لا يزيد حاله على حال امّه، فكما يجوز له عتقها يجوز عتقه، و لابتناء العتق على التغليب.

و فيه إشكال ينشأ من ذلك و من أداء عتقه إلى منعها من الاستعانة بكسبه عند الإشراف على العجز و إذا لم يعتقه كان لها الاستعانة بكسبه كما سيأتى، ففيه إضرار بها، و هو خيرة المبسوط لكن فى الاستعانة نظر. و فى التحرير الأقوى النفوذ على التقديرين.

و إذا أتت بولد من زنا أو مملوك فهو موقوف على ما بيّناه فإن عتقت الامّ عتق و إلّا رقّ، و للعامّة قول بأنّه كولد القنّ فإن قتل فعلى قاتله قيمته لأنّه مملوك، و يكون لُامّه تستعين به على الأداء كما فى المبسوط لما مرّ من أنّه من كسبها. و يحتمل أن يكون للمولى، لأنّه ملكه. و حكى فى المبسوط أحد قولين للعامّة، و استدلّ له بأنّ الأُمّ لو قتلت كانت قيمتها للمولى فكذا ولدها، و ردّه بأنّ المولى إنّما يملك حقّه فى ذمتها و لا يتجاوزها.

و أمّا كسبه و أرش جنايته فإنّه موقوف، فإن عتق فله، و إن رقّ فلسيّده و للعامّة قول بأنّه لسيّده، و آخر بأنّه لُامّه.

و لو أشرفت امّه على العجز و همّ المولى بالفسخ كان لها الاستعانة به أى بكسبه و الأرش كما فى المبسوط، بل بنفسه على قول،

لأنّ الكلّ من كسبها، و لأنّ فيه نظراً للكلّ، فإنّهما يعتقان حينئذٍ و يملكان الفاضل، و ظاهر المبسوط الاتّفاق على الاستعانة، فإن صحّ و إلّا ففيها نظر كما فى التحرير لمنع الكون من كسبها.

و على الأوّل لو مات الولد قبل عتق امّه و استرقاقها فماله لُامه و على الآخر ماله للسيّد و نفقته من كسبه على ما قلناه من وقف الكسب إلى أن تعتق الأُمّ أو تسترقّ، و من قال: إنّه للسيّد أوجب عليه النفقة فإن قصر الكسب عن نفقته فالكمال على المولى، لأنّه لو رقّ كان الكسب له، و فيه نظر من ذلك، و من كون الكسب للُامّ فعليها الكمال، كما قال به بعض العامّة و من أنّه فى حكم الحرّ، و لذا لا يملك السيّد أخذ كسبه، فالكمال من بيت المال كما قال به بعضهم.

و لو كان الولد أُنثى فليس للمولى وطؤها لنقص الملك بتبعيّتها للُامّ، و من جعلها من العامّة قنّاً للسيّد أجاز له وطءها فإن وطئ لم يحدّ للشبهة بالملك، فإن اشتبه عليها فعليه المهر قطعاً، و كذا إن لم يشتبه، لأنّ المهر لأُمّه أى الولد، و إن قلنا: إنّه له لم يكن عليه مهر إذا لم يشتبه عليها، و كذا على قول بعض العامّة من أنّ كسب الولد للسيّد، و على القول بالوقف يقف، فإن عتقت استحقّت المهر و إلّا فلا.

فإن حملت صارت أُمّ ولد للملك فإن أعتقت الأُمّ عتقت، و إلّا جعلت من نصيب ولدها عند موت مولاها فإن عجز سعت فى الباقى.

و لو أتت المكاتبة بولد و ادّعت تأخّره عن الكتابة قدم قول السيّد مع اليمين لاستصحاب الرقّ، و فى المبسوط لأنّ الأصل أن لا عقد حتّى يعلم.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‏٨، ص: ٥٢٣

و لو اختلف السيّد و المكاتب فى ولده فقال كلّ منهما: إنّه ملكه بأن تزوّج المكاتب أمة سيّده ثمّ اشتراها فيزول النكاح كما مرّ فما يأتى به من الولد حين الزوجيّة للسيّد، و ما يأتى به بعدها له كما مرّ فيقدّم هنا قول المكاتب لثبوت يده عليه فالأصل معه.

و الفرق بينه و بين المكاتبة مع اشتراكهما فى دعوى تأخّر الولادة و استصحاب الرقّ فى الولد أنّ المكاتبة و إن كانت يدها على الولد إلّا أنّها لا تدّعى الملك فإنّها لا تملكه بل الإيقاف، و اليد تقضى بالملك لا بالإيقاف بل لا يقال: إنّ لها اليد عليه.

و لو استولد المكاتب جاريته فولده كهيئته يعتق بعتقه و يرقّ للسيّد برقّه و قبلهما فهو رقّ للمكاتب موقوف و للمولى عتقه على إشكال ممّا مرّ فى عتق ولد المكاتبة، و الحقّ أنّه لا إشكال هنا فى عدم النفوذ؛ لما عرفت من أنّه رقّ للمكاتب، و ليس للمولى التصرّف فى ماله بغير الاستيفاء و الجارية أُمّ ولد للمكاتب ليس له بيعها ما دام ولدها حيّاً، نعم إن عجز رقّت للمولى.

[و هنا أربع مسائل]

اشارة

مسائل أربع:

[المسألة الأولى المشروط رقّ]

الاولى: المشروط رقّ ما بقى عليه شى‏ء و فطرته على مولاه إن لم يتبع النفقة، و قد مرّ بخلاف المطلق فإنّه ينعتق بحسب ما يؤدّى و فطرته كذلك و إذا وجبت على المكاتب كفّارة لزمه أن يكفّر بالصوم و إن ترتّبت الخصال لعجزه عن غيره للحجر عليه. و لو

كفّر بالعتق أو الإطعام لم يجزئه للنهى عن التصرّف بغير الاكتساب. و لو أذن المولى فى أحدهما فالوجه الإجزاء لأنّ المنع لحقه، و لا يلزمه بالإذن إن ترتّبت الخصال، إذ قد يتسبّب لعجزه، و لم يجزئه ابن إدريس، و الشيخ فى موضع من المبسوط مدّعياً عليه الإجماع، لأنّه كفّر بما لم يجب عليه، و فيه أنّه يجب عليه تخييراً.

[المسألة الثانية: لو ملك المكاتب نصف نفسه]

الثانية: لو ملك المكاتب نصف نفسه بالأداء أو الإبراء أو غيرهما فكسبه بينه و بين المولى بمعنى أنّ له التصرّف فى نصفه بما شاء دون النصف الآخر.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ٥٢۴

و لو طلب أحدهما المهاياة لم يجب الإجبار للآخر عليهما على إشكال من عدم لزومها ابتداءً، و كونها قسمة بغير معلوم التساوى. و من أنّها قسمة أموال لكلّ من الشريكين التصرّف فى حقّه منها مع دفعها النزاع و عدم التضرّر بها.

[الثالثة: لو أبرأه بعض الورثة من نصيبه]

الثالثة: لو أبرأه بعض الورثة من نصيبه من مال الكتابة عتق نصيبه من المطلق بلا إشكال، و من المشروط فى وجه؛ لصيرورته بموت المولى مشتركاً بين الورثة، فصارت الكتابة بمنزلة كتابات بعدد الشركاء. و فيه وجه آخر بالعدم؛ لاتّحاد الكتابة، فالورثة كلّهم بمنزلة المورّث و لم يقوّم عليه نصيب الآخر، لأنّ المعتق هو المورّث، و إنّما الإبراء تنفيذ لعتقه، و لأنّه بمنزلة الأداء، و قد مرّ أنّ المطلق إذا أدّى شيئاً فانعتق منه جزء لم يسر إلى الباقى.

و كذا لو أعتق نصيبه نفذ، لأنّه ملكه، فكما كان للمورّث تعجيل العتق بعد الكتابة فكذا له ذلك، و لم يقوّم عليه على إشكال من أنّه مباشر للعتق ابتداءً مع عموم ما دلّ على السراية أنّه على المعتق، و من تنزّله منزلة الإبراء الّذى هو تنفيذ لفعل المورث و خروجه عن محوضة الرقّ بالكتابة مع أصل العدم، و هو خيرة المبسوط.

[المسألة الرابعة إذا مات المولى فلورثته مال الكتابة بالحصص]

الرابعة: إذا مات المولى فلورثته مال الكتابة بالحصص على حسب الإرث فإن أدّى إلى كلّ ذى حقّ حقّه عتق، و لو أدّى إلى البعض كلّ حقّه أى حقّ البعض، بل كلّ ما عليه من الحقوق، و هو كلّ مال الكتابة دون الباقين لم يعتق منه شىء إن كان مشروطاً على أحد الوجهين المتقدّمين، و هو تنزّل جميع الورثة منزلة المورث، و ينعتق نصيب الآخذ على ما اختاره من عتق النصيب بإعتاق صاحبه أو إبرائه.

و لو كان بعضهم غائباً دفع إلى وكيله، فإن فقد فالحاكم فإن تعذّر كفى تعيينه له و ينعتق بالأداء إلى الوكيل أو الحاكم أو التعيين و كذا يؤدّى حقّ المولّى عليه إلى الولىّ و ينعتق.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌٨ ص: ٥٢٥

[المقصد الرابع فى الاستيلاد]

اشارة

المقصد الرابع فی الاستیلاد و فیه مطلبان:

[المطلب الأوّل فی تحقّقه]

الأوّل فی تحقّقه و هو یثبت بوطء المولی أمته و حبلها منه فی ملکه سواء وضعته تامّاً أو ناقصاً أو لا کما سیأتی.
فلو وطئ أمة غیره و ولدت مملوکاً بأن زنی بها أو اشترط علیه الرقّ و صحّحناه ثمّ ملکها لم تصر أُمّ ولد، سواء کان الوطء زنا أو بعقد صحیح شرط فیه رقّ الولد للمولی، و سواء ملکها حاملًا فولدت فی ملکه أو ملکها بعد ولادتها لأنّها إنّما تشبّثت بالحرّیة لحرّیة الولد. خلافاً للخلاف و الوسیلة و موضع من المبسوط و بعض العامّة فأثبتوا الاستیلاد إذا ملکها مطلقاً، و لبعض العامّة فأثبتوه إذا ملکها و هی حامل.
و لو أولدها حرّا بأن یطأ أمة غیره لشبهة ثمّ ملکها قیل فی المبسوط و الخلاف تصیر أُمّ ولده لقضیّة الاشتقاق مع حرّیة الولد و انعتاق نصیبه منها إذا مات المولی، و لکن فی خبر ابن مارد عن الصادق (علیه السّلام): فی رجل یتزوّج الأمة و یولدها ثمّ یملکها و لم تلد عنده بعد، قال: هی أمته إن شاء باعها ما لم یتجدّد بعد ذلک حمل، و إن شاء أعتق. و یؤیّده عموم ما دلّ علی التصرّف فی ملک الیمین کیف شاء، و إنّما علم خروج من حملت فی ملکه.
کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج۸، ص: ۵۲۶
و لو تزوّج أمة غیره فأحبلها ثمّ ملکها لم تصر أُمّ ولد و إن شرط الحرّیة للولد، بل و إن أطلق علی المشهور من الحکم بالحرّیة مع الإطلاق لما تقدّم. خلافاً للشیخ فی موضع من المبسوط لما تقدّم، و إنّما فصّل بین الشبهة و النکاح؛ لانعقاد الولد فی الثانی حرّا بخلاف الأوّل، و لذا وجبت علیه قیمته، و لأنّ ظاهر المبسوط انتفاء الخلاف فی الثانی؛ لقوله: و الأُمّ تصیر عندنا أُمّ ولد مع نصّه فی الظهار علی العدم، بخلاف الأوّل؛ لقوله فیه: و هو الأقوی عندی.
و لو اشتراها فأتت بولد یمکن تجدّده بعد الشراء و قبله قدّمت أصالة عدم الحمل علی أصالة عدم الاستیلاد لتغلیب الحرّیة.
أمّا لو نفاه فإنّه ینتفی الاستیلاد قطعاً و إن علم تأخّره.
و فی افتقار نفی الولد إلی اللعان إشکال من أنّه ولد مملوکته مع ما عرفت من الحکم بتأخّر الحمل، و من أنّه ولد من کانت زوجته، و الأصل بقاء الفراش مع قوّة فراش العقد الدائم، و لحوق النسب، و عدم الاکتفاء بالاحتمال فی نفیه.
و لو وطئ جاریة ولده الکبیر أو الصغیر قبل التقویم علی نفسه فحملت لم تصر أُمّ ولد و إن قوّم علی الصغیر و کان صلاحه فیه أو لم یکن علیه فیه فساد حلّت له و صارت أُمّ ولد، و علیه قیمة الجاریة دون المهر کما فی نحو صحیح أبی الصبّاح عن الصادق (علیه السّلام): فی الرجل یکون لبعض ولده جاریة و ولده صغار هل یصلح له أن یطأها، فقال: یقوّمها قیمة عدل ثمّ یأخذها و یکون لولده علیه قیمتها «۱». و فی جاریة الکبیر علیه المهر دون القیمة لبقائها علی ملکه کما قال الکاظم (علیه السّلام) فی خبر الحسن بن صدقة: و إذا اشتریت أنت لابنتک جاریة أو لابنک و کان الابن صغیراً و لم یطأها حلّ لک أن تقتضّها فتنکحها، و إلّا فلا إلّا بإذنها «۲».
و لو زوّج أمته ثمّ وطئها فعل محرّماً، فإن علقت منه فالولد حرّ

---

(۱) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۵۴۳ ب ۴۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء ح ۱.
(۲) وسائل الشیعة: ج ۱۴ ص ۵۴۴ ب ۴۰ من أبواب نکاح العبید و الإماء ح ۵.

و يثبت للأمة حكم الاستيلاد لأنّها حملت به فى ملكه، و قد يستشكل بتوجّه الحدّ عليه مع العلم فلا يلحقه النسب.
و لو ملك امّه أو أُخته أو بنته من الرضاع انعتقن على الأصحّ، و قيل: لا ينعتقن و قد مرّ الخلاف. و على كلّ فلو وطئ إحداهنّ فعل حراماً، و على الأوّل لا يثبت لهنّ حكم الاستيلاد لكونهنّ أجنبيّات، و ثبت لهنّ حكم الاستيلاد على الثانى مع الجهل، و مع العلم و إن وجب عليه الحدّ، و لا وطء يجب به الحدّ و تصير به الجارية أُمّ ولد غير هذا الوطء.
و كذا لو ملك وثنيّة فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها أو وطئ أمته المرهونة بدون إذن المرتهن فاستولدها أو ربّ المال أمة المضاربة، فإنّ حكم الاستيلاد ثابت فى ذلك كلّه للحمل منه فى ملكه و إن طرأت الحرمة، و لا تقرّ أُمّ الولد المسلمة فى يد مولاها الكافر بل تباع عليه، أو تسلّم إلى امرأة مسلمة ثقة تكون عندها، و عليه الإنفاق عليها كما سيأتى.
و هل يثبت حكم الاستيلاد فى المرهونة بالنسبة إلى المرتهن حتّى يجب على الراهن الواطئ أن يجعل مكانها رهناً أو توفية الدين أو لا؟ الأقرب المنع من ثبوت حكمه بالنسبة إليه إن لم يكن له سواها و جاز بيعها فى الدين، لأنّه معسر مع تقدّم حقّ المرتهن على الاستيلاد و إلّا لزم الاستبدال و الإبقاء، لأنّه موسر، و لا يجوز للموسر بيع أُمّهات أولاده مع تقدّم حقّ المرتهن، فيجب الجمع بين الحقّين بأحد الأمرين، و هذا خيرة الخلاف.
و فى المبسوط و السرائر أنّه لا يبطل الرهن مطلقاً؛ لتأخّر الاستيلاد عنه مع إطلاق الأوامر ببيع الرهن فى الدين. و قيل: بل يبطل مطلقاً؛ لإطلاق النهى عن بيع أُمّ الولد و تغليب الحرّية. و قيل: يبطل إن وطئها بإذن المرتهن، و إلّا فلا. و ربّما يقال: لا خلاف فى أنّه لا يبطل الرهن لبقاء الملك عليها و جواز موت الولد، و إنّما الخلاف فى جواز بيعها، و ربّما يوهمه ما مرّ من المصنّف فى الرهن.
أمّا أمة القراض فإنّه يبطل القراض فيها إذ لا دليل على جواز

التصرّف فيها بالبيع و إن كان فيها ربح حين استولدها جعل الربح فى مال المضاربة.
و إذا وطئ الكافر أمته الكافرة و حملت فأسلمت قيل فى السرائر و الشرائع و موضع من المبسوط تباع عليه قطعاً لسبيله عليها رأساً.
و قيل فى الخلاف و موضع من المبسوط بل يحال بينه و بينها و يجعل على يد امرأة ثقة و لا يمكن من التصرّف فيها و التسلّط عليها عملًا بعموم النهى عن بيعها. و فى المختلف: أنّها تستسعى فى قيمتها جمعاً بين الحقّين.
و إنّما يثبت حكم الاستيلاد بأُمور ثلاثة الأوّل: أن تعلق منه بحرّ، و إنّما تعلق بمملوك من مولاها فى موضعين: الأوّل أن يكون الواطئ عبداً قد ملّكه مولاه الموطوءة و قلنا: إنّه يملك بالتمليك، و الثانى أن يكون الواطئ مكاتباً اشترى جارية للتجارة فإنّ الجارية مملوكته على المشهور و الولد مملوك له كما عرفت.
و يفترق الصورتان بأنّه لا يثبت حكم الاستيلاد أصلًا فى الأوّل، و أمّا فى الثانى فتوقّف فإن عجز استرقّ المولى الجميع، و إن عتق صارت أُمّ ولد، و ليس للمكاتب بيعها قبل عجزه و عتقه.
الثانى: أن تعلق منه فى ملكه إمّا بوطء مباح أو محرّم كالوطء فى الحيض و النفاس و الصوم و الإحرام و الظهار و الإيلاء و الكفر و الرهن بدون إذن المرتهن و المحرمية الرضاعيّة إن لم يحكم بالانعتاق.
و لو علقت منه فى غير ملكه لم تكن أُمّ ولد إلّا إذا ملكها بعد على قول تقدّم سواء علقت بمملوك كالزنا و العقد مع اشتراط الولد للمولى أو بحرّ كالمغرور فى النكاح و المشترى إذا ظهر الاستحقاق.
الثالث: أن يضع ما يظهر أنّه حمل أى آدمى أو جزء منه أو مبدأ نشوء آدمى و لو علقة و يعتبر فيها شهادة أهل الخبرة بذلك و لو

أربع نسوة.

أمّا النطفة فالأقرب عدم الاعتداد بها لعدم حصول العلم بكونها مبدأ له

بمعنى الاستقرار في الرحم و التهيؤ لتكوّن آدمى منه. خلافاً للشيخ فاعتبرها في النهاية و أطلق، بناء على كون النطفة مبدأ للنشوء مطلقاً من غير اعتبار للاستقرار و قرب الاستعداد، و فائدة الحكم بالاستيلاد بوضع الناقص ظهور بطلان التصرّفات السابقة على الوضع من البيع و نحوه.

[المطلب الثاني في الأحكام]

المطلب الثاني في الأحكام أُمّ الولد مملوكة لا تنعتق عندنا بموت المولى خلافاً لبعض العامّة بل من نصيب ولدها، فإذا مات مولاها جعلت بأجمعها من نصيب ولدها و عتقت عليه بالاتّفاق كما يظهر منهم، و هو ظاهر النصوص «١» و إلّا فهو خلاف الأصل.

و لو لم يكن له سواها عتق نصيب ولدها و سعت في الباقي و لا يقوّم على الولد للأصل، و عدم الدخول فيمن أعتق شقصاً لحصول العتق قهراً.

و قال أبو عليّ، و الشيخ في النهاية و المبسوط إن كان لولدها مال أدّى بقيّة ثمنها منه لقوله (عليه السّلام): من ملك ذا رحم فهو حرّ «٢». و لخبر أبي بصير سأل الصادق (عليه السّلام) عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، و إن مات مولاها و عليه دين قوّمت على ابنها فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر ثمّ يجبر على قيمتها «٣». و هو ضعيف.

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ١١ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ١٤١٦ ه‍ ق

و هي قبل موت مولاها مملوكة له يجوز له التصرّف فيها بمهما شاء سوى الخروج عن ملكه بغير العتق فليس له بيعها و لا هبتها و لا نحوهما من الناقلات و له وطؤها و استخدامها و عتقها في كفّارة و غيرها وفاقاً للمشهور، لبقاء الرقّية و انتفاء المانع، و قول زين العابدين (عليه السّلام) في بعض الأخبار: أُمّ الولد تجزئ في الظهار «٤» و قول أمير المؤمنين (عليه السّلام) في بعض الأخبار: اليهودى

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٧ ب ٦ أنّ أُمّ الولد إذا كان ولدها .. ح ١.

(٢) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٤٣٩ ح ٢٣.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠٨ ب ٦ أنّ أُمّ الولد إذا كان ولدها .. ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٥٧٧ ٥٧٨ ب ٢٦ من أبواب الكفّارات ح ١.

و النصرانى و أَمّ الولد يجزؤون فى كفّارة الظهار «١». و قيل بالمنع وفاقاً للعامّة لنقصان الرقّ.
و له ملك كسبها و تزويجها قهراً لبقاء الرقّ، و للعامّة قول بأنّه إنّما يزوّجها برضاها، و آخر بأنّه لا يزوّجها و إن رضيت. و هل يزوّجها الحاكم لهم فيه؟ وجهان و كتابتها لذلك، لأنّها تجتمع مع الاستيلاد إذا سبقته، و يتّجه العدم إذا كانت معاً، و لذا استشكل فيها فى التحرير و تدبيرها فتنعتق بالموت و إن لم يكن لها ولد أو لم يف بها نصيبه إن وفى بها الثلث، و إلّا انعتقت من الثلث و النصيب جميعاً.
فإن مات ولدها قبل مولاها رجعت عندنا طلقاً يجوز بيعها و هبتها و التصرّف فيها كيف شاء خلافاً للعامّة بناءً على ما ذهبوا إليه من أنّها تعتق من أصل المال لا من نصيب الولد.
و لو كان ولد ولدها حيّاً احتمل إلحاقه بالولد إن كان وارثاً بأن لم يكن للمولى ولد لصلبه لصدق الولد عليه مع انعتاق نصيبه منها عليه.
و احتمل إلحاقه به مطلقاً لصدق الولد عليه فيشتمله ما دلّ على ثبوت أحكام الاستيلاد إذا كان لها ولد مع تغليب الحرّية و أحكامها.
و احتمل العدم مطلقاً، لأنّ الولد حقيقة فى ولد الصلب مع كون أحكامها على خلاف الأصل فيقصر على اليقين.
و كذا يجوز بيعها فى المشهور مع وجود ولدها فى ثمن رقبتها إذا كان ديناً على مولاها و لا شىء له سواها للأخبار كصحيح عمر بن يزيد سأل الصادق أو الكاظم (عليهما السّلام) لم باع أمير المؤمنين (عليه السّلام) أُمّهات الأولاد؟ فقال: فى فكاك رقابهنّ، قلت: و كيف ذلك؟ قال: أيّما رجل اشترى جارية فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدّى عنه أخذ ولدها منها و بيعت فأدّى ثمنها، قلت:

---

(١) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٢٧٩ ح ١٠٥٣.

فتباع فيما سوى ذلك من أبواب الدين و وجوهه؟ قال: لا «١».
و الأقرب عدم اشتراط موت المولى فى جواز البيع كما هو ظاهر الأكثر و صريح جماعة؛ لإطلاق خبر عمر بن يزيد سأل الكاظم (عليه السّلام) عن أُمّ ولد تباع فى الدين؟ قال: نعم فى ثمن رقبتها «٢». و لدفع الضرر عن البائع.
و يحتمل الاشتراط؛ لاختصاص غيره من الأخبار بما إذا مات المولى، و منها صحيح عمر بن يزيد هذا الّذى سمعته الآن، فإنّه الظاهر من قوله (عليه السّلام): و لم يدع من المال و كذا يجوز بيعها لو كانت رهناً لما عرفت من تقدّم حقّ المرتهن على الاستيلاد، و قد مرّ الخلاف فيه.
و هل يجوز رهنها فى ثمنها أو مطلقاً؟ فيه نظر تقدّم فى الرهن.
و لا فرق فى أحكامها بين المسلمة و الكافرة، و كذا لا فرق بين المولى المسلم و الكافر إلّا إذا كان كافراً و هى مسلمة فإنّها تباع عليه على قول و تستسعى فى قيمتها على آخر كما عرفت.
و لو ارتدّت لم يبطل حكم الاستيلاد للأصل و قبول توبتها مطلقاً.
و فى رواية محمّد بن قيس الصحيحة عن الباقر (عليه السّلام): أنّ وليدة نصرانيّة أسلمت عند رجل و ولدت منه غلاماً و مات الرجل فأعتقت فتنصّرت و تزوّجت نصرانيّاً و ولدت منه فقال: قضى أمير المؤمنين (عليه السّلام) بأنّ ولدها من زوجها رقيق لابنها من سيّدها و تحبس حتّى تضع، فإذا ولدت فاقتلها «٣».

و قيل فى النهايـة يفعل بها ما يفعل فى المرتـدّة من الحبس أبـداً إلى أن تتوب دون القتل اطراحاً للروايـة و إن صـحّت لمخالفتها للأُصول.
و فى التهذيب: أنّه حكم مقصور على القضيّة الّتى قضى بها أمير المؤمنين (عليه السّلام)

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٠۴ ب ٢ أنّه يجوز بيع .. ح ١ و فيه: «سوى ذلك من الدين، قال: لا».
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ۵١ ب ٢۴ من أبواب بيع الحيوان ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١۶ ص ١٠٩ ب ٨ حكم أُمّ الولد ح ١.

لجواز أن يكون (عليه السّلام) رأى الصـلاح فى قتلها، قال: و لعلّها كانت تزوّجت بمسـلم ثمّ ارتدّت و تزوّجت فاسـتحقّت القتل لذلك، و لامتناعها من الرجوع إلى الإسلام «١».
و لا يسـرى حكم الاستيلاد إلى الأولاد فلو تزوّجت بعبـده أو عبـد غيره أو بمن شـرطت رقّيهٔ أولاده كان أولادها منه عبيداً يجوز بيعهم فى حياهٔ المولى و بعد وفاته و ما فى يد أُمّ الولد لورثهٔ سيّدها لكونه ملكه لرقّيتها.
و يصحّ الوصيّهٔ لأُمّ الولد من مولاها خاصّهٔ لكونها رقيقهٔ فتعتق من الوصيّهٔ لا من نصيب الولد كما مرّ فى الوصايا وفاقاً للسرائر و الشرائع فإن قصرت عن قيمتها عتق الفاضل من نصيب الولد.
و قيـل فى النهايـهٔ تعتق من النصـيب و تعطى الوصيّهٔ و هو فى كتـاب العباس. و قيل: تعتق من ثلث الميّت و تعطى الوصـيّهٔ، و هو ظاهر صحيح أبى عبيدهٔ عن الصادق (عليه السّلام) «٢» و البزنطى عن الرضا (عليه السّلام) «٣».
و لو جنت أُمّ الولـد خطأ تعلّقت الجنايـهٔ برقبتهـا بلاـ خلاـف كما فى الخلاف و السـرائر و استيلاد المبسوط، لرقّها، و أصل براءهٔ السـيّد من الفـداء. خلافاً لـدياته ففيها أنّها على سيّدها بلا خلاف إلّا أبا ثور فإنّه جعلها فى ذمّتها يتبع بها بعد العتق. و يؤيّده قول الصـادق (عليه السّلام) فى خبر مسـمع: أُمّ الولـد جنايتهـا فى حقوق النـاس على سـيّدها، و مـا كـان من حقوق اللّه عزّ و جلّ فى الحـدود فإنّ ذلك فى بدنها «۴». و ينـدفع بأنّ رقبتها من مال السـيّد، فيصدق أنّها عليه. و يمكن أن يكون أراد الشـيخ أخيراً نفى الخلاف عن العامّهٔ.
و على الأوّل يتخيّر المولى بين دفعها إلى المجنى عليه إن استوعبت الجنايهٔ قيمتها أو دفع ما قابل جنايتها منها إن لم تستوعب

---

(١) تهذيب الأحكام: ج ١٠ ص ١۴٣ ذيل الحديث ۵۶٧.
(٢) وسائل الشيعهٔ: ج ١٣ ص ۴٧٠ ب ٨٢ فى أحكام الوصايا ح ۴.
(٣) وسائل الشيعهٔ: ج ١٣ ص ۴۶٩ ب ٢٢ فى أحكام الوصايا ح ١.
(۴) وسائل الشيعهٔ: ج ١٩ ص ٧۶ ب ۴٣ من أبواب القصاص فى النفس ح ١.

و بين فـدائها بأقلّ الأمرين من أرش الجنايـهٔ و قيمتها على رأى و بالأرش على رأى آخر «١» كما مرّ، و قـد ظهر جواز تعلّق قوله: «على رأى» بكلّ من التعلّق بالرقبهٔ و تخيير المولى و كون الفداء بالأقلّ، و لا يعيّن التعلّق بالأخير.
قوله و لا يجب على المولى الفداء عيناً، و مع الدفع يملكها المجنىّ عليه أو ورثته ملكاً مطلقاً، له بيعها و التصرّف فيها كيف شاء.
و لو جنت على جماعـهٔ تخيّر المولى أيضاً بين الفـداء و الـدفع إليهم فيقتسـمونها بينهم على قدر الجنايات، هذا إن جنت ثانياً قبل

الفداء عن جنايتها الاولى و لو جنت بعده تخيّر المولى بين الفداء ثانياً و بين التسليم إلى الثانى و لا يشاركه الأوّل. و للعامّة قول بأنّه إذا فداها أوّلًا قدر قيمتها لم يكن عليه ثانياً شيء، بل يتشارك المجنىّ عليهما و يقتسمان الفداء الأوّل على قدر الجنايتين و هكذا، و هو قول ظاهر المبسوط.

و لو كانت الجناية على مولاها أو على نفس من يرثه مولاها لم يخرج عن حكم الاستيلاد للأصل، و لا يزيد على ما كان قبل من ملك رقبتها، نعم يجوز القود إذا قتلت عمداً، و قال الصادق (عليه السّلام) فى خبر وهب بن وهب: إذا قتلت أُمّ الولد سيّدها خطأً فهى حرّة و لا تبعة عليها، و إن قتلت عمداً قتلت به «۲». و قال أمير المؤمنين (عليه السّلام) فى خبر غياث بن إبراهيم إذا قتلت أُمّ الولد سيّدها خطأً فهى حرّة ليس عليها سعاية «۳».

و لو جنت على الغير و ماتت قبل أن يفديها السيّد لم يجب على المولى شيء إن لم يفرط و لو نقصت قيمتها و أراد الفداء فداها بقيمتها يوم الفداء إن اعتبرنا الأقلّ و كانت أقلّ و لو زادت القيمة زاد الفداء إن كانت القيمة أقلّ، لأنّ الجناية تعلّقت أوّلًا بالرقبة، و إنّما ينتقل إلى الفداء حين الفداء.

---

(۱) فى ن: «و قيمتها على رأى آخر».

(۲) وسائل الشيعة: ج ۱۹ ص ۱۵۹ ب ۱۱ من أبواب ديات النفس ح ۳.

(۳) المصدر السابق: ح ۲.

و يجب اعتبار قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد إن أثّر ذلك فى قيمتها مع كونها إذا انتقلت إلى الغير لم يثبت لها بالنسبة إليه حكم الاستيلاد.

و لو كسبت بعد جنايتها قبل الدفع إلى المجنىّ عليه شيئاً فهو لمولاها دون المجنىّ عليه لبقائها على ملكها و عدم تعيّنها للدفع كان الخيار للمولى أو للمجنىّ عليه.

و أمّا لو كسبت بعد الدفع فهو للمجنىّ عليه، و لو اختلفا قدّم قول المجنىّ عليه للسيّد، و لأصل التأخّر إن اتّفقا على وقت الدفع.

و لو أتلفها سيّدها فعليه للمجنىّ عليه قيمتها أو الأرش و كذا لو عيبها فعليه الأرش إن دفعها.

و لو باعها مولاها فى غير ما يجوز بيعها فيه لم يقع البيع موقوفاً إلى موت الولد قبل المولى بل يقع باطلًا لخروجها بالاستيلاد عن صلاحية الانتقال، و حسن زرارة سأل الباقر (عليه السّلام) عن أُمّ الولد، فقال: إنّه تباع و تورث و توهب، و حدّها حدّ الأمة «۱» لا يتضمّن إلّا بيعها، و هو مطلق يقيّد بغيره، و يجوز أن يكون السؤال عن حالها فى الحد و نحوه لاعن نحو البيع، فبيّن (عليه السّلام) أنّ حدها حد الأمة، لأنّها تصلح للبيع و نحوه فهى باقية على الرقّ.

فلو مات الولد لم ينتقل إلى المشترى و إن كان الموت بعد إيقاع صيغة البيع بلا فصل أو فى أثنائها لوقوع الصيغة فاسدة من أوّلها.

و لا يبطل الاستيلاد بقتلها مولاها خطأ و لا عمداً إذا عفا الورثة و أمّا إذا اقتصّوا منها فيبطل؛ لانتفاء الصفة بانتفاء الموصوف و للمولى أرش الجناية عليها و على أولادها المملوكين له كسائر مماليكه و كذا له ضمان قيمتها على من غصبها.

و لو شهد اثنان على إقراره بالاستيلاد و حكم به ثمّ رجعا غرما له قيمة الولد إن كذّبهما فى نسبه لتفويته عليه و لا يغرمان فى الحال قيمة

---

(۱) الكافى: ج ۶ ص ۱۹۱ ح ۱.

كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌۸، ص: ۵۳۵

الجارية لأنّهما إنّما أزالا عنه سلطنة البيع و نحوه و لا قيمة له أى للسلطنة.

و يحتمل الأرش و هو نقص قيمتها مستولدة عن قيمتها قنّاً، و لعلّه أجود بل و لا- يغرمان قيمتها بعد الموت، لأنّها إنّما تكون محسوبة على الولد دون غيره و هما لم يفوّتا عليه شيئاً، إذ لولا الشهادة لم يرث شيئاً. نعم إن قلنا بإرثه لشهادتهما و غرمناهما نصيبه من الميراث لباقى الورثة كما سيأتى غرما قيمتها فى ضمن غرامة النصيب، و إن لم يف النصيب و قلنا بتقويم الباقى على الولد غرماه.

و هل يرث هذا الولد؟ إشكال من الحكم بالنسب لشهادتهما و لا ينتفى بالرجوع بعد الحكم. و من عدم الحكم بالميراث قبل الرجوع، و أنّهما إنّما شهدا بالإقرار بالنسب، و هو أعمّ من الإرث، إذ ربّما يطرأ ما يمنع منه من موت و غيره.

فإن قلنا به أى الإرث فالأقرب أنّ للورثة تغريمهما حصّته لإتلافهما لها عليهم. و يحتمل العدم، لأنّهما لم يشهدا بالإرث بل بما هو أعمّ.

و لو شهد بالاستيلاد أو الإقرار به و لم يحصل من المولى عند شهادتهما اعتراف بالولد و لا تكذيب كما إذا شهدا بعد موته ثمّ رجعا غرما قيمته و قيمة امّه و حصّته من الميراث و منها قيمة امّه لباقى الورثة إن أثبتنا له الميراث و إلّا فقيمته خاصّة، و لا يظهر لفصل المسألة عمّا قبلها وجه، و ليس بجيّد إطلاق غرامة قيمتها هنا و إطلاق العدم ثمّة.

و هذا تمام ما استولده من الأقلام فى عتق كشف اللثام عن قواعد الأحكام.

و اتّفق الفراغ من عام ألف و سبع و تسعين فى ثالث أشهره و من الشهر فى ثامن عشره و الحمد للّه إزاء آلائه، و الصلاة على سيّد أنبيائه و آله و عترته خيار أصفيائه و مؤلّفه محمّد بن الحسن الأصبهانى تولّاهما اللّه فى داريهما الأمانى

اصفهانى، فاضل هندى، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۱۱ جلد، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم - ايران، اول، ۱۴۱۶ ه‍ ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فى سَبيلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علىّ بنُ موسَى الرِّضا – علَيهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فى تلخيص بحار الأنوار، للعلّامة فيض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُيونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّيخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائميّة" الثَّقافىّ بأصبَهانَ – إيرانَ: الشهيد آية الله "الشمس آباذى" – رَحِمَهُ اللهُ – كان أحداً من جَهابِذة هذه المدينة، الذى قدِ اشتهَرَ بشَغَفِهِ بأهل بَيت النبىّ (صلواتُ اللهِ علَيهِم) و لاسيَّما بحضرة الإمام علىّ بن موسَى الرِّضا (عليه السّلام) و بِساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرجَهُ الشَّريفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درايته، فى سَنةِ ۱۳۴۰ الهجريّة الشمسيّة (=۱۳۸۰ الهجريّة القمريّة)، مؤسَّسةً و طريقةً لم ينطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَى و أحسَنِ مَوقِفٍ كلَّ يومٍ.

مركز "القائميّة" للتحرّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إيرانَ – قد ابتدَأ أنشِطتَهُ من سَنةِ ١٣٨٥ الهجريّة الشمسيّة (=١٤٢٧ الهجريّة القمريّة) تحتَ عناية سماحة آية الله الحاجّ السيّد حسن الإماميّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمع مِن خِرّيجی الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فی مجالاتٍ شتَّى: دينيّة، ثقافيّة و علميّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثَّقَلَين (كتاب الله و اهل البيت عليهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزيز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلى التَّحَرِّی الأدَقّ للمسائل الدّينيّة، تخليف المطالب النافعة – مكانَ البلاتيثِ المبتذلة أو الرّديئة – فی المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوتريّة)، تمهيد أرضيّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثقافيّةٍ على أساس معارف القرآن و أهل البيت –عليهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلاميّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشُّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعيّة: التی يُمكِن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنّه يُمكِن تسريعُ إبراز المَرافِق و التسهيلاتِ – فی آكناف البلد - و نشرِ الثَّقافةِ الاسلاميّة و الإيرانيّة – فی أنحاء العالَم - مِن جِهةٍ اُخرَى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائميّة" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقعَ اُخرَ

ه) إنتاج المُنتجات العرضيّة، الخطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع "ما قبلَ المدرسة" الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلة السَّنة

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيّد"/ ما بينَ شارع "پنج رَمَضان" ومُفترَق "وفائی"/بناية "القائميّة"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجريّة الشمسيّة (=١٤٢٧ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهويّة الوطنيّة: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣٥٧٠٢٣- (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهرانَ ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التِجاريّهٔ و المَبيعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمين ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظهٔ هامّهٔ:

الميزانيّهٔ الحاليّهٔ لهذا المركز، شعبيّهٔ، تبرّعيّهٔ، غير حكوميّهٔ، و غير ربحيّهٔ، اقتُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا توافِی الحجمَ المتزايد و المتّسِعَ للامور الدّينيّهٔ و العلميّهٔ الحاليّهٔ و مشاريع التوسعهٔ الثّقافيّهٔ؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّى بالقائميّهٔ) و مع ذلک، يرجو مِن جانب سماحهٔ بقيّهٔ الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفِقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فی هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفيق.